

59 Regap

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 59 (xaneiro – xuño 2020)

_ESTUDIOS **[01]** VELASCO CABALLERO, Francisco. Dereito local e COVID-19 **[02]** CASARES MARCOS, Anabelén. O contrato menor como cuestión maior na contratación do sector público **[03]** TODOLÍ SIGNES, Adrián. Retos legais do uso do *big data* na selección de suxeitos a investigar pola Inspección de Traballo e da Seguridade Social **[04]** DE LA IGLESIA AZA, Lidia. A carreira profesional dos profesionais sanitarios: antecedentes normativos e tendencias de desenvolvemento **_COMENTARIOS E CRÓNICAS** **[05]** HERNÁEZ SALGUERO, Elena. Reflexións sobre a avaliación da normativa de compra pública. Unha realidade factible ou un desiderátum inalcanzable? **[06]** VESTRI, Gabriele. Responsabilidade patrimonial da Administración xeral do Estado: un estudo da Orde SND/326/2020 do Ministerio de Sanidade, xerada como consecuencia da crise por COVID-19 **[07]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIÓNS** **[08]** VILA CONDE, Francisco. Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el liberalismo incipiente **[09]** BADULES IGLESIAS, Darío. El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos **[10]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. El recurso de casación en materia tributaria

_ESTUDIOS **[01]** VELASCO CABALLERO, Francisco. Derecho local y COVID-19 **[02]** CASARES MARCOS, Anabelén. El contrato menor como cuestión mayor en la contratación del sector público **[03]** TODOLÍ SIGNES, Adrián. Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social **[04]** DE LA IGLESIA AZA, Lidia. La carrera profesional de los profesionales sanitarios: antecedentes normativos y tendencias de desarrollo **_COMENTARIOS Y CRÓNICAS** **[05]** HERNÁEZ SALGUERO, Elena. Reflexiones sobre la evaluación de la normativa de compra pública. ¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable? **[06]** VESTRI, Gabriele. Responsabilidad patrimonial de la Administración general del Estado: un estudio de la Orden SND/326/2020 del Ministerio de Sanidad, generada como consecuencia de la crisis por COVID-19 **[07]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIONES** **[08]** VILA CONDE, Francisco. Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el liberalismo incipiente **[09]** BADULES IGLESIAS, Darío. El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos **[10]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. El recurso de casación en materia tributaria

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

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

CONSELLO DE REDACCIÓN:

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

COMITÉ CIENTÍFICO:

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

Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas

15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)

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

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

Periodicidade: semestral (xuño e decembro) Formato: en liña papel ISSN: 1132-8371 DOI: https://doi.org/10.36402/regap.vi59 Depósito legal: C-1.596-91 Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García e Susana García García Deseño cuberta: Campus na nube, sl Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, sl	Siglas utilizadas: UDC: Universidade da Coruña USC: Universidade de Santiago de Compostela UVigo: Universidade de Vigo UAM: Universidad Autónoma de Madrid UB: Universitat de Barcelona UCM: Universidad Complutense de Madrid UdG: Universitat de Girona UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia USAL: Universidad de Salamanca IUAV: Università IUAV di Venezia RUB: Ruhr-Universität Bochum UC: Universidade de Coimbra UNIBO: Università di Bologna
--	---

A EGAP non se identifica necesariamente cos xuízos emitidos polos autores dos artigos que aparezan nesta revista, senón que serán única e exclusivamente responsabilidade do ou dos seus autores.
Ningunha parte desta revista poderá ser reproducida sen o consentimento expreso dos titulares do *copyright*.

Revista Galega de Administración Pública

ISSN: 1132-8371

Núm. 59, xaneiro-xuño 2020\ Number 59, January-June 2020

Sumario/Summary

1 ESTUDOS / STUDIES

- Francisco Velasco Caballero**
 Dereito local e COVID-19. 5
Municipal law and COVID-19
- Anabelén Casares Marcos**
 O contrato menor como cuestión maior na contratación do sector público. ... 35
Sub-dimensional public procurement as a major issue for the public sector
- Adrián Todolí Signes**
 Retos legais do uso do *big data* na selección de suxeitos a investigar
 pola Inspección de Traballo e da Seguridade Social. 79
*Legal challenges of the use of big data in the selection of subjects to be
 investigated by the Labour and Social Security Inspectorate*
- Lidia de la Iglesia Aza**
 A carreira profesional dos profesionais sanitarios: antecedentes
 normativos e tendencias de desenvolvemento 103
*The professional career of health professionals: regulatory background and
 development trends*

2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Elena Hernández Salguero

Reflexións sobre a avaliación da normativa de compra pública. Unha realidade factible ou un desiderátum inalcanzable? 147
Reflections on the assessment of public purchasing regulations. A feasible reality or an unreachable desideratum?

Gabriele Vestri

Responsabilidade patrimonial da Administración xeral do Estado: un estudo da Orde SND/326/2020 do Ministerio de Sanidade, xerada como consecuencia da crise por COVID-19 163
Patrimonial liability of the general State Administration: a study of the Order SND/326/2020 of the Ministry of Health, created as a consequence of COVID-19 crisis

Francisco de Cominges Cáceres

Xurisprudencia contencioso-administrativa 177
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIÓNS / REVIEWS

Francisco Vila Conde

Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el liberalismo incipiente 215

Darío Badules Iglesias

El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos 221

María Victoria Álvarez Buján

El recurso de casación en materia tributaria 227

Regap

Estudios

1

Dereito local e COVID-19

Derecho local y COVID-19

Municipal law and COVID-19



FRANCISCO VELASCO CABALLERO

Instituto de Dereito Local
Universidade Autónoma de Madrid
Orcid 0000-0003-1055-3939
francisco.velasco@uam.es

Recibido: 01/06/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4405>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A COVID-19 propiciou moi diversas actividades municipais, executivas, complementarias e adicionais respecto da actuación do Estado e de cada comunidade autónoma. Aquela actividade municipal foi diversa, en tres etapas diferenciadas: prealarma, estado de alarma e desescalada. Desde a perspectiva estritamente xurídica, os concellos actuaron baixo dúas ordes xurídicas: o réxime local ordinario, presente na prealarma e presumiblemente nalgunha parte da desescalada; e o réxime de alarma. Nesta última orde xurídica excepcional, os concellos unhas veces actuaron como simples executores das medidas gobernativas (en "réxime de alarma"), pero outras veces actuaron conforme o réxime local ordinario, en exercicio das súas competencias ordinarias.

Palabras clave: COVID-19, concellos, dereito local, competencias municipais, estado de alarma.

Resumen: La COVID-19 ha propiciado muy diversas actividades municipales, ejecutivas, complementarias y adicionales respecto de la actuación del Estado y de cada comunidad autónoma. Aquella actividad municipal ha sido diversa, en tres etapas diferenciadas: prealarma, estado de alarma y desescalada. Desde la perspectiva estrictamente jurídica, los ayuntamientos han actuado bajo dos órdenes jurídicas: el régimen local ordinario, presente en la prealarma y presumiblemente en alguna parte de la desescalada; y el régimen de alarma. En este último orden jurídico excepcional, los ayuntamientos unas veces han actuado como simples ejecutores de las medidas gubernativas (en "régimen de alarma"), pero otras veces han actuado conforme al régimen local ordinario, en ejercicio de sus competencias ordinarias.

Palabras clave: COVID-19, ayuntamientos, derecho local, competencias municipales, estado de alarma.

Abstract: COVID-19 has given rise to many different municipal responses, both executing the decisions previously adopted by the State and the Autonomous Communities and undertaking complementary and additional activities. The municipal activities have been diverse, in three differentiable stages: pre-alarm;

state of alarm; and deescalation process. From a strictly legal perspective, the municipalities have acted under two legal orders: the ordinary municipal law, applied at the pre-alarm phase and to be applicable again at the end of the deescalation process; and the alarm law. According to the alarm legal order, the municipalities have sometimes acted as simple executors of the State measures, but other times they have adopted their own initiatives in accordance with ordinary local law, that is, exercising their ordinary powers.

Key words: COVID-19, municipalities, local governments law, local powers, alarm state.

SUMARIO: 1 Enfoque. 2 Actividade municipal en réxime de prealarma. 3 Actividade municipal en estado de alarma. 3.1 Actividades municipais “de alarma”. 3.2 Actuacións municipais derivadas de decisións supramunicipais de emerxencia, aínda que non de alarma. 3.3 Políticas municipais de emerxencia. 4 Concellos na desescalada.

1 Enfoque

1. Este estudo pretende analizar e explicar, desde unha *perspectiva xurídica*, en que medida a actual pandemia provocada polo virus SARS-CoV-2 afectou aos municipios españois. De entrada, distínguense aquí tres estadios temporais: a situación de prealarma (antes do 14 de marzo de 2020); a situación iniciada coa declaración do estado de alarma (por medio do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo); e a situación de postalarma. En termos de políticas públicas, falouse máis ben de “escalada” e “desescalada”. Non obstante, desde o punto de vista xurídico son necesarias máis precisións: a *escalada* produciuse baixo dous réximes xurídicos claramente diferenciables: o de emerxencia sanitaria, nun primeiro momento; e o de estado de alarma, a partir do 14 de marzo. Tamén a desescalada transitará por dúas ordes xurídicas diferentes: a primeira fase da “desescalada” ten lugar aínda en estado de alarma, ben que ineludiblemente ha de seguir unha segunda fase de desescalada na cal xa non estea vixente o estado de alarma. O tempo dirá se tras a “desescalada” assistiremos ademais a unha nova “reescalada” que xustifique un novo estado de alarma.

2. En cada unha das tres fases temporais e xurídicas descritas activáronse, en maior ou menor medida, *distintas partes do dereito público*, así como unha tipoloxía diversa de problemas xurídicos. No tempo de prealarma emerxeu o dereito administrativo sanitario e –en menor medida– de protección civil¹. Logo, coa declaración do estado de alarma, o protagonismo cobrou o dereito constitucional, tanto no que se refire á distribución territorial do poder como ás intensas restricións no exercicio dalgúns dereitos fundamentais. Por fin, na fase de postalarma debe perder relevancia o dereito constitucional, e cobrala en cambio o *dereito administrativo ordinario*, tanto o xeral como o sectorial (incluído o dereito ordinario de emerxencias sanitarias [*sic*]). Será o dereito administrativo ordinario o que guiará as decisións políticas e administrativas de urxente reconstrución económica e social.

¹ NOGUEIRA, A., “Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, pp. 22-31 (p. 23).

3. A secuencia xurídica e temporal xa descrita, aínda que ten unha alta utilidade explicativa, non define tres réximes xurídicos estancos e excluíntes para cada momento temporal. Así, no tempo do estado de alarma *conviven dúas ordes xurídicas*: a de alarma e a ordinaria.

a) A *orde xurídica de alarma* artículase a través da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, reguladora dos estados de alarma, excepción e sitio (LOEAES); do Decreto 463/2020, do 14 de marzo, que declara o estado de alarma (e que logo foi prorrogado polos reais decretos 476/2020, do 27 de marzo; 487/2020, do 10 de abril; 492/2020, do 24 de abril, e parcialmente modificado polos reais decretos 514/2020, do 8 de maio, e 537/2020, do 22 de maio) e das moi numerosas ordes ministeriais das chamadas “autoridades delegadas” (ministerios do Interior, de Defensa, de Transportes e de Sanidade). Veremos máis adiante que nesa orde xurídica de alarma se inclúen tamén algunhas decisións adoptadas por órganos autonómicos ou municipais para a execución ou cumprimento das medidas gobernamentais de alarma.

b) E, xunto a iso, durante o tempo do estado de alarma mantivo a súa vixencia o *dereito ordinario* –en todo o que non fose desprazado polas medidas gobernamentais de alarma– e aprobáronse novas normas, estatais, autonómicas e locais motivadas pola crise da COVID-19, pero non integradas no ordenamento de alarma. A maioría das normas contidas nos numerosos reais decretos-leis ditados polo Goberno (desde o 14 de marzo) pódense cualificar como ordinarias, por contraposición ás “medidas de alarma”. Pois o estado de alarma non lle impide ao Goberno seguir exercendo todos os seus poderes, incluídos o de ditar normas con rango de lei (real decreto-lei) en situacións de extraordinaria e urxente necesidade, conforme o artigo 86 CE. Isto é así mesmo cando un real decreto-lei limita a súa vixencia ao tempo da pandemia, ou ao tempo estrito en que estea vixente o estado de alarma. Porque a orde xurídica de alarma soamente rexe para aquelas actuacións ou medidas *directamente* dirixidas a combater a circunstancia concreta que xustifica a declaración de alarma (a epidemia) e non calquera outras actuacións ou medidas que se ocupan das consecuencias en cadea que xera a emerxencia sanitaria (como a destrución de emprego, o risco de exclusión de persoas sen recursos ou a cesación de ingresos nos establecementos comerciais). Isto explica que os concellos, durante o estado de alarma, non se limitasen a executar as “medidas de alarma” acordadas polo Goberno ou os seus ministros, senón que tamén adoptaron as súas propias decisións (complementarias, asociadas ou adicionais ás medidas gobernativas) segundo o dereito local ordinario (*infra* § 20).

2 Actividade municipal en réxime de prealarma

4. Desde finais do mes de febreiro de 2020, os concellos españois comezaron a adoptar algunhas iniciativas derivadas do crecente risco de expansión da epidemia. Moitas destas medidas poderían cualificarse como de *servizo público*, nun sentido moi amplo, que vai desde a información ao público ata os clásicos servizos municipais. Inscríbense aquí múltiples recomendacións municipais, tanto de hixiene sanitaria como de precaucións fronte ás concentracións humanas con alta densidade. Tamén se contan

Regap



ESTUDIOS

aquí a cesión gratuíta de espazos ou equipamentos públicos (para a actividade sanitaria despregada pola respectiva comunidade autónoma), as campañas especiais de limpeza e desinfección das rúas, a gratuidade temporal do transporte público, ou o peche dalgúns servizos municipais de risco, como os ximnasiaos e polideportivos municipais. Por último, tamén podemos incluír nesta xenérica actividade de servizo público municipal o mantemento de bolsas-comedor en escolas infantís naquelas comunidades autónomas que anticipadamente ordenaran o cesamento da actividade educativa presencial.

5. Tamén os concellos comezaron a adoptar medias de *ordenación ou intervención* relacionadas co uso dos espazos públicos. En ocasións, estas medidas restritivas proviñan inmediatamente dos propios concellos, como o peche de parques e xardíns municipais. Outras veces tratábase de actuacións da policía municipal para o *cumprimento* de medidas de confinamento ou restrición ou a liberdade de circulación adoptadas pola Administración autonómica, en exercicio das súas competencias sanitarias, de saúde pública e de protección civil². Nestes casos, os concellos colaboraban coas autoridades autonómicas –fundamentalmente a través dos corpos de policía local– de conformidade co réxime xeral da *colaboración interadministrativa* (art. 14.1.1 d) da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público: LRXSP); da lexislación xeral sobre seguridade (art. 53.1 f) da Lei orgánica 2/1986, do 13 de marzo, de Forzas e Corpos de Seguridade: LOFCS); e da lexislación autonómica de emerxencias sanitarias (por exemplo, para Cataluña: art. 5.2 de Lei 18/2009, do 22 de outubro, de saúde pública) e de protección civil.

6. Deixando a un lado as actuacións municipais de colaboración coa correspondente Administración autonómica ou estatal, as iniciativas municipais *propias*, tanto de servizo público como de ordenación ou intervención, adoptáronse segundo a *lexislación común de réxime local*, non ao abeiro da lexislación especial de emerxencias. Dun lado, os concellos non adoptaron ningunha medida de *emerxencia sanitaria* en sentido estrito. A razón é tanto técnica (a maioría dos municipios carecen da información e a cualificación necesarias para adoptar medidas sanitarias ou de saúde pública) como competencial: aínda que algunhas leis autonómicas lles recoñecen aos alcaldes a condición de “autoridade sanitaria”³, outras comunidades non lles atribúen aos municipios competencias específicas sanitarias ou de saúde pública (*infra* § 31). E, en todo caso, conforme o artigo 54.1 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública (LXSP), os concellos, mesmo alí onde a lexislación autonómica lles tivese recoñecido condición de “autoridade sanitaria”, non están autorizados para adoptar medidas de urxencia sobre saúde pública (*infra* § 33). Si se activaron algúns plans municipais de *protección civil*, segundo o previsto no artigo 15.2 da Lei 17/2015, do 9 de xullo, do

² Por exemplo, en Cataluña: Resolución INT/718/2020, do 12 de marzo, pola que se acorda restrinxir a saída de persoas dos municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui e Ódena. Para a Rexión de Murcia: Orde da Consellaría de Saúde, do 13 de marzo de 2020, pola que se insta a activación do Plan Territorial de Protección Civil da Rexión de Murcia (PLATEMUR) para facer fronte á pandemia global de Coronavirus (COVID-19). Máis referencias en NOGUEIRA, A., “Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, cit., p. 24.

³ Así, en Canarias, o artigo 28 da Lei 11/1994, do 26 de xullo, de ordenación sanitaria de Canarias; ou en Cataluña, o artigo 5.1) da Lei 18/2009, do 22 de outubro, de saúde pública.

Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC), e, se é o caso, na correspondente lei autonómica de protección civil⁴. En consecuencia, a actividade municipal neste tempo rexeuse polo *dereito local ordinario*: polas súas competencias sectoriais ordinarias; en exercicio da potestade municipal de autoorganización (art. 4.1 a) LBRL); e mediante a xestión directa ou indirecta dos seus servizos (art. 85.2 LBRL).

3 Actividade municipal en estado de alarma

7. Ante o agravamento exponencial da epidemia, o Goberno declarou o estado de alarma por medio do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, logo levemente modificado polo Real decreto 465/2020, do 17 de marzo, e prorrogado varias veces, por medio dos reais decretos: 476/2020, do 27 de marzo; 487/2020, do 10 de abril; 492/2020, do 24 de abril; 514/2020, do 8 de maio; e 537/2020, do 22 de maio. O mesmo Real decreto 463/2020 incluía importantes *medidas con eficacia directa*, e seguidamente remitía o seu complemento ou desenvolvemento a catro ministerios, aos que o propio real decreto cualificaba, cunha terminoloxía equívoca, como “autoridades delegadas” (art. 4.2).

8. No que agora importa, que é identificar e analizar xuridicamente a actividade municipal durante o tempo da alarma, pódense distinguir *tres tipos* de actuacións municipais: as que se vinculan *directamente* co real decreto de alarma; as que derivan ou traen causa doutras decisións supramunicipais, tanto estatais como autonómicas, ditadas *no contexto* de crise sanitaria, aínda que non directamente reconducibles ao estado de alarma; e as actuacións e decisións municipais non vinculadas directamente a ningunha decisión supramunicipal, senón adoptadas en exercicio da *autonomía política e administrativa* dos municipios.

3.1 Actividades municipais “de alarma”

9. En primeiro lugar, tanto as medidas de alarma directamente contidas no Real decreto 463/2020 como as impostas polas subseguintes ordes ministeriais de alarma *vinculaban* directamente os concellos. Pero non todas da mesma forma.

a) Algunhas medidas do Real decreto 463/2020, como a suspensión do *cómputo de prazos administrativos* (DA 3.^a) xeraban efectos *ope legis*, sen necesidade de ningunha actuación municipal complementaria. Malia iso, a propia DA 3.^a 4 do Real decreto 463/2020 abría un espazo de discrecionalidade municipal en sentido inverso, para acordar a continuación no cómputo dos prazos nos “procedementos administrativos que fosen indispensables para a protección do interese xeral ou para o funcionamento básico dos servizos”. De feito, co paso do tempo os concellos foron aprobando a continuación do cómputo de prazos en múltiples procedementos (incluídos os selectivos de persoal).

⁴ Por exemplo, por decretos do alcalde do 13 e 14 de marzo de 2020, o Concello de Madrid activou o Plan Territorial de Emerxencia Municipal (PEMAM) declarando o nivel laranxa e vermello, respectivamente.

b) Outras medidas governativas de alarma requirían, para a súa eficacia, dunha posterior actividade ou decisión municipal. É o caso da adaptación das frecuencias dos *autobuses urbanos*, en cumprimento do mandato xeral –aínda que indeterminado– contido no artigo 11 da Orde TMA/229/2020, do 15 de marzo. O é o caso, tamén, das distancias interpersoais nos transportes públicos urbanos, consonte o artigo 2.7 da Orde TMA/384/2020, do 3 de maio. E é o caso, sobre todo, das *restricións de mobilidade cidadá*, impostas no artigo 7 do RD 463/2020 –e precisadas ou complementadas en varias ordes ministeriais posteriores– que chamaban á colaboración das policía locais⁵. En todo caso, e no que agora importa, unha boa parte da actividade municipal no estado de alarma viña directamente *definida* polo Real decreto 463/2020 ou polas diversas ordes ministeriais que o completan. Ese bloque de actividade municipal pódese cualificar xenericamente como *executiva* das medidas governativas de alarma. E, nesa medida, a actuación municipal desenvólvese en *régime xurídico de alarma*.

10. Está claro que algunhas das medidas de alarma ditadas polo Goberno e os seus ministros afectaban directamente tanto ás competencias autonómicas como ás competencias municipais. Vallan como exemplo a ordenación ministerial dos servizos funerarios⁶ ou a autorización ministerial de uso do solo e os edificios para fins sanitarios non predeterminados nos plans urbanísticos municipais⁷. Isto é posible porque a declaración do Estado de alarma activa unha competencia *universal* do Estado para “gobernar o país en estado de alarma”⁸. É unha competencia latente no artigo 116 CE que se activa precisamente coa declaración formal, por real decreto, do estado de alarma. En tempo de alarma, os concellos manteñen as súas competencias, pero o seu exercicio non pode ser incompatible coas decisións do Goberno. E, no caso de que o fosen, as decisións estatais serían *prevalentes* e, polo tanto, desprazarían na súa eficacia as municipais.

11. Esta articulación de competencias concorrentes a través de criterios de *prevalencia* é relativamente inusual nas relacións entre o Estado e as comunidades autónomas. En cambio, é máis coñecida e frecuente no ámbito local. Así, en relación co planeamento urbanístico, é frecuente que as leis sectoriais do Estado impoñan a prevalencia das súas propias determinacións respecto das contidas nos plans municipais⁹. Tamén a lexislación ambiental impón a prevalencia das normas territoriais ambientais respecto das determinacións urbanísticas¹⁰. E, na mesma liña, tamén as leis autonómicas de ordenación territorial expresamente impoñen a prevalencia dos

⁵ Artigo 1.1 da Orde INT/226/2020, do 15 de marzo, pola que se establecen criterios de actuación para as Forzas e Corpos de Seguridade. Na mesma orde dispónse que as autoridades policiais están “baixo as ordes do ministro do Interior” (art. 1.5).

⁶ Orde SND/293/2020, do 27 de marzo, sobre traslado de cadáveres; e Orde SND 298/2020, do 29 de marzo, sobre velorios e cerimoniais fúnebres.

⁷ Así, Orde SND/232/2020, do 15 de marzo, e Instrución do ministro de Sanidade do 23 de marzo de 2002, de habilitación de hoteis para usos sanitarios.

⁸ VELASCO CABALLERO, F., “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, pp. 78-86 (p. 82).

⁹ GARCÍA MORALES, V.Y., *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 53.

¹⁰ Artigo 19.2 da Lei 42/2007, do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade. E sobre iso: STC 182/2014, FX 4; e STS 272/2016, do 10 de febreiro.

plans territoriais (autonómicos) respecto dos plans urbanísticos municipais¹¹. Máis alá destes supostos, onde as distintas leis estatais e autonómicas *expresamente* se refiren á prevalencia das decisións supramunicipais (co conseguinte desprazamento das decisións municipais), en moitos outros casos está presente, de forma *implícita*, esa mesma primacía de eficacia das decisións estatais ou autonómicas, respecto das municipais. Así acontece, en realidade, en todos aqueles casos en que as competencias municipais non son exclusivas, senón *compartidas* onde a comunidade autónoma pode planificar, coordinar ou programar a actividade municipal. Vallan como exemplo os servizos sociais, onde os concellos poden actuar baixo os seus propios criterios e prioridades mentres non sexan desconformes coa planificación autonómica. Pero un cambio na planificación autonómica de servizos sociais impoñe –prevalece– sobre as decisións municipais¹². E ben, este é o efecto que *se xeneraliza durante o estado de alarma*: todas as decisións de alarma ditadas polo Goberno se impoñen e desprazan a todas aquelas outras decisións municipais que as contradigan. A declaración do estado de alarma *non suprime* ningunha competencia municipal. Simplemente, debilita a súa eficacia fronte ás posibles decisións gubernativas. Declarado o estado de alarma, cada municipio aínda pode adoptar todas aquelas decisións que, motivadas pola situación de emerxencia sanitaria, sexan conformes coas súas competencias. Pero todas esas decisións, aínda que lexítimas e plenamente válidas, pois están amparadas polas competencias municipais ordinarias, *ceden na súa eficacia* fronte a calquera medida de alarma adoptada polo Goberno.

12. A prevalencia das medidas de alarma só se refire ás que estritamente dita o Goberno na súa declaración formal do estado alarma ou *no marco xurídico desa declaración*. Isto significa que non todas as decisións do Goberno ou dos ministros, durante o tempo da alarma, prevalecen sobre as municipais, salvo que así resulte das leis sectoriais ordinarias. Por suposto que, como se explicará na seguinte epígrafe, unha decisión do Goberno no ámbito das súas competencias sectoriais e incluída *non real decreto-lei* impoñe sobre calquera decisión municipal, porque o propio réxime competencial local está definido pola lei que carece de toda resistencia pasiva fronte a outra norma con forza de lei (como é un real decreto-lei). Pero outras posibles decisións gubernativas, ministeriais ou administrativas, na medida en que non sexan directamente reconducibles ao estado de alarma, *non prevalecen necesariamente* sobre as competencias e decisións municipais. E, aínda que é posible que *de facto* os concellos acaten todas as decisións do Goberno, algunhas desas decisións ministeriais non reconducibles ao réxime xurídico de alarma puidesen ser ilícitas, por invadir ámbitos atribuídos polas leis aos municipios.

13. Unha segunda consideración ten que ver coas *medidas* ou *decisións autonómicas* no estado de alarma e a súa posible proxección sobre os concellos. Xa se dixo antes que as medidas de alarma do Estado, tanto as contidas no Real decreto 463/2020 como as

¹¹ Por exemplo, para a Comunidade de Madrid: artigo 14.5 da Lei 9/1995, de medidas de política territorial, solo e urbanismo. E na xurisprudencia: STSX-Madrid 579/2017, do 20 de xullo; e SSTS do 20 de decembro de 2012 (rec. 3424) e do 5 de xullo de 2012 (rec. 4066/2010).

¹² Por exemplo: artigo 48 da Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia.

incluídas nas ordes ministeriais das “autoridades delegadas”, poden ocupar o espazo competencial das comunidades autónomas e desprazar provisionalmente calquera norma, acto ou convenio autonómico. Mesmo as leis autonómicas. Pero, dado que as comunidades autónomas non perden as súas competencias durante o estado de alarma, poden seguir actuando nas súas materias propias, sempre que as súas medidas ou actuacións *non contradigan ou dificulten* a eficacia das medidas estatais, que xa se dixo que son prevalentes. Xorde entón a cuestión de en que medida as decisións autonómicas para a execución do estado de alarma vinculan os concellos. Na miña opinión, cómpre distinguir aquí, igual que se dixo en relación co Estado, entre as actuacións e medidas autonómicas de alarma, en sentido estrito, e as actuacións e medidas autonómicas no contexto da emerxencia sanitaria que deu lugar ao estado de alarma.

14. Alí onde unha comunidade autónoma *executa ou desenvolve* as medidas de alarma do Goberno, pódese considerar que tamén esas decisións ou actuacións *prevalecen* sobre as municipais. Isto é, as actuacións ou decisións autonómicas, na medida en que executan, complementan ou dotan de eficacia a medidas estatais prevalentes, tamén *reproducen* ese mesmo efecto de prevalencia sobre calquera decisión ou actuación municipal, mesmo en ámbitos competenciais que as leis lles atribúen en exclusiva aos municipios. Vallan como exemplo as decisións autonómicas sobre *medicalización de establecementos hoteleiros*. Esta posibilidade estaba explicitamente prevista na Orde SND/232/2020, do 15 de marzo, que expresamente remitía esa decisión á autoridade sanitaria de cada comunidade autónoma. A medicalización dun hotel, por parte dunha autoridade sanitaria autonómica, afecta á ordenación municipal de usos do solo e os edificios, contida nos correspondentes plans urbanísticos municipais. De acordo coas diversas leis urbanísticas autonómicas, cada Administración autonómica debe respectar eses usos normativos. E só por medio dun procedemento extraordinario –e só mediante acordo do consello de goberno autonómico– pode imporse un uso non previsto no plan urbanístico¹³. Pois ben, a eficacia prevalente das medidas gubernativas de alarma, que se estende ás medidas autonómicas que as executan, permite que un edificio cuxo uso urbanístico é o de hospedaxe poida pasar a servir a un uso distinto (sanitario) sen necesidade de modificación ningunha no plan; e sen necesidade, tampouco, de tramitar o procedemento de modificación extraordinario que prevén as leis urbanísticas. Simplemente, a medida sanitaria autonómica réxese polo réxime extraordinario do estado de alarma e, nesa medida, despraza provisionalmente a eficacia do planeamento urbanístico municipal.

15. Neste contexto tamén cabe preguntarse de que forma as posibles *medidas autonómicas adicionais* vinculan os concellos. Sucede que algúns gobernos autonómicos non se limitaron a executar, complementar ou desenvolver as medidas de alarma do Goberno español, senón que ditaron mandatos ou prohibicións *adicionais*. É o caso, en Cataluña, dunha orde do *conseller de Trballo* que fixa en 1,5 metros a distancia interpersonal obrigatoria nos centros de traballo¹⁴, fronte á distancia de 1 metro establecida

¹³ Por exemplo: artigo 11 do Decreto da Xunta de Galicia 80/2000, do 23 de marzo.

¹⁴ Resolución TSF/759/2020, do 22 de marzo, pola que se especifican as medidas de distancia entre traballadores e traballadoras e coas persoas usuarias coas que interactuar nos centros de traballo.

no artigo 10.2.2 do Real decreto 463/2020. Ao meu xuízo, esta medida autonómica adicional é en principio *válida*, sempre que se encadre nas competencias ordinarias da Generalitat. E sempre que tal medida autonómica adicional non impida a plena eficacia da decisión estatal. Pero, mesmo sendo válida, non é propiamente unha “medida de alarma” e polo tanto non se rexe polo réxime extraordinario de prevalencia respecto das decisións municipais, que é o propio das medidas de alarma conforme os artigos 9.1 e 11 LOEAES. Por iso, as medidas autonómicas adicionais poderán vincular os concellos sempre que tal eficacia resulte dos estatutos de autonomía, das leis de réxime local e das leis sectoriais. En consecuencia, non hai dificultade en afirmar que unha medida sanitaria ou de saúde pública dun Goberno autonómico, na medida en que a propia lexislación sanitaria o dote de eficacia vinculante e prevalente, desprazará a eficacia de calquera norma ou decisión municipal. O mesmo se pode dicir dunha decisión autonómica de emerxencia no marco da lexislación de protección civil, que tamén pode dotar de eficacia vinculante e prevalente as decisións autonómicas en relación cos concellos. Máis en xeral, poderá falarse mesmo do carácter prevalente dunha decisión autonómica naquelas materias onde as leis lles atribúen ás comunidades autónomas *competencias compartidas ou concorrentes* con outras municipais. Pero en todos estes casos estaremos ante unha *prevalencia ordinaria* das decisións autonómicas, configuradas nas leis xerais ou sectoriais, e non na prevalencia propia do estado de alarma.

Regap



ESTUDIOS

3.2 Actuacións municipais derivadas de decisións supramunicipais de emerxencia, aínda que non de alarma

16. Outra parte da actividade municipal despregada desde o 14 de marzo de 2020 *non está directamente conectada* co Real decreto 463/2020, e polo tanto co réxime xurídico extraordinario do estado de alarma, aínda que si coa xeral *situación de crise* desencadeada pola epidemia. Gran parte desta actuación municipal extraordinaria – aínda que non de alarma – deriva dos distintos reais decretos–leis ditados polo Goberno. Ou de diversas normas e resolucións aprobadas polas comunidades autónomas, con forma de acordo, decreto ou mesmo decreto–lei. Ocorre que durante a declaración do estado de alarma o Goberno e os distintos ministerios non só ditaron “medidas de alarma”, segundo o previsto no artigo 11 LOEAES. O Goberno, os distintos ministerios e os gobernos autonómicos tamén adoptaron *outras decisións*, normativas ou non que non poden reconducirse ao réxime xurídico propio do estado de alarma, ben porque non están directamente conectadas coa causa que motiva a declaración de alarma (a COVID-19), ben porque a súa eficacia no tempo supera o lapso de 15 días de vixencia do estado de alarma que expresamente dispón o artigo 116.2 CE. En consecuencia, as actuacións municipais para o cumprimento ou execución daquelas decisións e normas estatais ou autonómicas non se rexen polo réxime xurídico da alarma, senón polo dereito ordinario. Aquí inclúense, por exemplo, os múltiples decretos de alcaldía sobre *aprazamentos* de pagamento de obrigas tributarias, derivados do artigo 33 do Real decreto–lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para

facen fronte ao impacto económico e social da COVID-19. Ou os decretos de alcaldía ou de xunta de goberno que suspenden a execución de contratos, como consecuencia do disposto no artigo 34 do citado Real decreto-lei 8/2020. En todos estes casos, os concellos non actúan en réxime de alarma, senón conforme o dereito ordinario: no marco das súas competencias e dentro dos límites que lles fixan as leis (se é o caso, modificadas por decretos-leis durante a pandemia) e os regulamentos gubernativos.

17. Neste sentido, os diversos decretos-leis ditados no contexto da emerxencia sanitaria *modificaron os parámetros de legalidade* que vinculan os concellos. En ocasións, estes cambios legislativos urxentes ampliaron as facultades municipais. Así acontece coa posibilidade de suspender a eficacia dos contratos vixentes, cunha compensación limitada (art. 34 do Real decreto-lei 8/2020), ou para validar de forma simplificada a execución das prestacións propias dos contratos de servizos ou subministracións non suspendidos¹⁵. Dalgúns cambios legislativos xerais discutiuse a súa aplicabilidade polos concellos, como ocorre co permiso obrigatorio retribuído, creado polo Real decreto-lei 10/2020, do 29 de marzo, e sobre o que o Ministerio de Política Territorial e Función Pública se apresurou a negar a súa aplicabilidade ás administracións públicas¹⁶. As distintas modificacións legais urxentes concedéronlles maior ou menor marxe de discrecionalidade aos municipios. Algunhas novas regras foron só *autorizatorias*; e outras foron *imperativas*. Entre estas últimas cóntanse as reformas legislativas tributarias que introducen aprazamentos *ex lege* para o pagamento das débedas tributarias (art. 33.1 do Real decreto-lei 8/2020). É discutible neste punto se, á parte dese aprazamento imposto *ex lege*, os concellos poden acordar outros aprazamentos propios, non previstos nas reformas legislativas urxentes e transitorias. En todo caso, esta cuestión hase de resolver de conformidade co dereito local ordinario¹⁷. Isto é, atendendo a cal é o alcance da competencia municipal ordinaria para fixar aprazamentos (ou mesmo beneficios fiscais).

18. A aplicación municipal das normas e decisións de *contido económico ou social*, tanto estatais como autonómicas, réxese polo dereito local ordinario, e isto inclúe a *distribución interna* de atribucións entre o pleno, a alcaldía e a xunta de goberno local. Pois ben, o dereito local ordinario inclúe unha competencia extraordinaria de alcaldía para adoptar as medidas necesarias nun contexto de *catástrofe ou necesidade*. Esta competencia está enunciada para os municipios de réxime común no artigo 21.1 m) LBRL, que se refire á competencia do alcalde para “adoptar persoalmente, e baixo a súa responsabilidade, en caso de catástrofe ou de infortunios públicos ou grave risco destes, as medidas necesarias e adecuadas dando conta inmediata ao pleno”, precepto que ten a súa correspondente réplica para os municipios de gran poboación¹⁸.

¹⁵ Por exemplo: Decreto do 23 de abril de 2020 do alcalde polo que se establecen as condicións de tramitación dos contratos cuxa execución debeu adaptarse á situación derivada da aplicación das medidas excepcionais adoptadas para conter a propagación da pandemia por COVID-19.

¹⁶ Unha opinión crítica fronte a este criterio, en GORDO GONZÁLEZ, L., “RDL 10/2020: ¿Se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?”, *Blog del Instituto de Derecho Local*, 1 de abril de 2020, www.idluam.org/blog.

¹⁷ AGUILAR ROMÁN, A.I., “Estado de alarma: suspensión, interrupción, ampliación de plazos y otras medidas en el ámbito tributario local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 7 de abril de 2020.

¹⁸ Para o conxunto dos municipios de gran poboación: artigo 124.4 h) LBRL, que substitúe os termos “catástrofe” ou “infortunio” polo máis amplo concepto de “extraordinaria e urxente necesidade”. Para Barcelona: artigo 13.1 l) da lei catalá Lei

Son múltiples as cuestións xurídicas que suscita esta competencia extraordinaria da alcaldía. En principio, podería considerarse que o seu significado é propiamente interno. Isto é, atribúelle competencias á alcaldía fronte ao pleno e á xunta de goberno local. Neste sentido, os artigos 21.1 m) e 124.4 h) LBRL expresan un apoderamento xeral da alcaldía, de forma paralela ao apoderamento dos gobernos para aprobar decretos-leis en situacións de “extraordinaria e urxente necesidade”. Pero pode xurdir a dúbida de se as decisións de necesidade ou emerxencia da alcaldía conteñen tamén unha competencia universal e extraordinaria do municipio en calquera materia. En principio, hai que negar esa hipotética competencia universal do concello, fóra das competencias sectoriais que lle son propias. Isto é, os artigos 21.1 m) e 124.4 h) LBRL só alteran, por razóns de necesidade e emerxencia, a *distribución interna do poder local*, non a articulación competencial entre o Estado, as comunidades autónomas e os municipios, o cal non obsta para que, de acordo coas leis sectoriais, os alcaldes estean amplamente apoderados para numerosas decisións de emerxencia, nos termos que prescriben as leis de protección civil ou, mesmo, sanitarias.

19. Unha última cuestión sobre as facultades extraordinarias da alcaldía refírese á súa *forma*. Aquí as exixencias legais son mínimas, como corresponde ao contexto de necesidade. Por iso, as medidas de alcaldía tanto poden adoptarse por bando como por decreto de alcaldía. Máis en xeral, as “medidas necesarias e axeitadas” non poden reconducirse a categorías xurídicas ordinarias, como as de acto administrativo, disposición regulamentaria ou instrución interna. As “medidas” de necesidade son un tipo de decisión singular. Poden impedir provisionalmente a aplicación de ordenanzas municipais, pero non poden derrogar estas normas; e son executables de forma imperativa (como é propio dos actos administrativos).

3.3 Políticas municipais de emerxencia

20. Por último, no contexto da pandemia, numerosos municipios adoptaron iniciativas *propias*. Isto é, actuacións que non se limitan a executar ou cumprir “medidas de alarma” previas ditadas polo Goberno e que tampouco derivan doutras medidas ou decisións complementarias (normalmente con forma de decreto-lei) adoptadas polo Goberno de España ou polos gobernos autonómicos. Algunhas destas actuacións municipais *propias* refírense á xestión interna ou dos servizos e medios municipais. Aquí as medidas son moi variadas. Inclúense, por exemplo, a posta en marcha de redes de voluntariado (con frecuencia coordinadas cos servizos de protección civil), o incremento no número de veciños (sobre todo anciáns e persoas dependentes) atendidas polos servizos municipais de teleasistencia, a distribución domiciliaria de alimentos, a axilización interna dos pagamentos a provedores, para dotar de liquidez os establecementos comerciais, a suspensión dos réximes de aparcamento limitado ou a creación de cursos de aprendizaxe sobre venda a distancia. Tamén se consideran aquí, como políticas municipais propias, algunhas medidas restritivas da liberdade,

22/1998, do 30 de decembro, da *Carta Municipal* de Barcelona. E para Madrid: artigo 14.3 f) da Lei 22/2006, do 4 de xullo, de capitalidade e de réxime especial de Madrid.

adicionais respecto das medidas de alarma ditas polo Goberno e os distintos ministerios. Logo volverase sobre estas medidas. Desde o punto de vista interno, algunhas destas medidas ou actuacións –as que mostraban novas necesidades de gasto– requiriron de modificacións orzamentarias previas. En termos competenciais internos, as medidas máis relevantes adoptáronas os alcaldes, con frecuencia invocando a competencia extraordinaria, para situacións de catástrofe ou infortunio, dos artigos 21.1 m) e 124.4 h) LBRL (*supra* § 18).

21. Mención especial merecen as *diversas axudas económicas a persoas ou empresas*, por situacións de necesidade ocasionadas pola pandemia ou polas posteriores medidas estatais ou autonómicas. Utilizo aquí un concepto amplo de *axudas*, que inclúe tanto subvencións como beneficios fiscais, que reducen as obrigas tributarias dos contribuíntes¹⁹. *Subvencións*, no concepto amplo que ofrece o artigo 2.1 da Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións (LXS), son tanto as axudas económicas directas (sobre todo, a comerciantes retalistas) como o aboamento ou a compensación da cota da Seguridade Social que lles corresponde aos profesionais autónomos e que foron asumidos por algúns concellos. Desde a perspectiva competencial, a valoración destas subvencións é moi diversa.

22. En primeiro lugar, os concellos adoptaron iniciativas de *axuda social* dirixidas a persoas físicas con necesidades emerxentes. Aquí inclúense as subvencións directas a familias necesitadas. Desde a perspectiva competencial non hai obxección posible a estas axudas. Na actualidade, as leis autonómicas de servizos sociais xa consideran a posible asistencia municipal, tanto a básica como a urxente²⁰. Ademais, o artigo 26.1 c) LBRL refírese expresamente, para os municipios de máis de 20.000 habitantes, ao servizo público obrigatorio de “atención inmediata a persoas en situación ou risco de exclusión social”, o que foi interpretado pola STC 41/2016, FX 9, como un título competencial municipal (e, polo tanto, non só como unha obriga de servizos). É certo que a disposición transitoria 1.ª da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (LRSAL) pretendeu impedir a actividade municipal asistencial. Pero o certo é que aquel intento de obturación das competencias sociais municipais sempre deixou aberta a asistencia social de emerxencia. E, en todo caso, a STC 41/2016, que axuizou a LRSAL, esterilizou por completo a eficacia limitadora da DT 1.ª LRSAL (FX 13.b)²¹. Ademais, desde a perspectiva orzamentaria, o artigo 3 do Real decreto-lei 8/2020 facilitou estas prestacións de emerxencia social, ao permitir que parte do superávit orzamentario dos concellos (en puridade, o remanente de tesouraría para gastos xerais) se dedique precisamente a axudas sociais

¹⁹ PASTOR MERCHANTANTE, F., “Las ayudas locales a las empresas”, Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 297-318 (p. 306).

²⁰ Para Madrid: artigo 46.1 da Lei 11/2003, do 27 de marzo, de servizos sociais da Comunidade de Madrid; Para Galicia: artigo 66.2 b) da Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia; para Andalucía: artigo 51 da Lei 9/2016, do 27 de decembro, de servizos sociais de Andalucía

²¹ VELASCO CABALLERO, F., “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, n. 10, Marcial Pons e Instituto de Dereito Local da UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 23-46 (p. 44).

(programa orzamentario 23 da Orde EHA/3565/2008, do 3 de decembro, pola que se aproba a estrutura dos orzamentos das entidades locais)²².

23. Maior complexidade xurídica presentan as subvencións a *empresas ou profesionais* que, mesmo se cesaron na súa actividade económica, non por iso se atopan nunha situación de risco de exclusión social. Este pode ser frecuentemente o caso do comercio retalista, pechado ao público por mandato do artigo 10 do Real decreto 463/2020, e para o que varios concellos acordaron xa algunha sorte de axuda económica. As leis sectoriais autonómicas non adoitan atribuír aos municipios competencias expresas de promoción ou fomento da actividade económica. E, en consecuencia, aquelas axudas económicas non dirixidas a necesidades de emerxencia social poden carecer de cobertura competencial expresa. Nestes casos podería actuar o artigo 7.4 LBRL, que lles atribúe aos municipios unha competencia “propia xeral” en todos os asuntos de interese local (STC 41/2016, FX 10 d), aínda que esta competencia municipal universal precisa para o seu lícito exercicio dun dobre informe vinculante de sustentabilidade e non duplicidade. Hai que considerar, en principio, que o informe de non duplicidade lle corresponde a cada comunidade autónoma, como estatutariamente competente para o comercio interior ou o desenvolvemento económico rexional. En cambio, o informe de sustentabilidade corresponderá, consonte os diversos estatutos de autonomía, ou ben ao Estado (Ministerio de Facenda) ou á correspondente comunidade autónoma. No que agora importa, o informe autonómico de non duplicidade pode non ser especialmente complexo naquelas comunidades autónomas que optaron por unha definición legal moi estrita da duplicidade²³. En tales casos, cabe unha axuda municipal inmediata alí onde aínda non se aprobaran axudas autonómicas. E mesmo cando xa haxa algún tipo de axuda autonómica, sempre que as subvencións municipais atendan a factores obxectivos locais, diferenciados dos que poidan ter outras axudas autonómicas. Maiores dificultades pode ofrecer o informe de sustentabilidade para aqueles municipios que aínda contan cun plan económico-financeiro ou un plan de saneamento.

24. Tamén é axuda económica, en sentido amplo, calquera beneficio fiscal respecto de obrigas tributarias. Aquí inclúese a *non exixencia ou a devolución de taxas* por prestación de servizos municipais ou por ocupación do dominio público. Nestes casos, as decisións municipais son reguladas conforme o artigo 26.3 do Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais (LFL), pois a devindicación da obriga tributaria derivada dunha taxa que está vinculada a un feito impositivo (desfrute do servizo ou ocupación do dominio público) que *de facto* desapareceu ou quedou substancialmente afectado pola pandemia ou polas decisións estatais ou autonómicas a que deu lugar. Esta non exhibibilidade ou devolución suscita dificultades naqueles casos en que o servizo municipal (como o de recollida de lixo) se seguiu prestando, aínda que algún dos seus destinatarios non

²² Así, por exemplo: Decreto do 5 de maio de 2020 do alcalde de Madrid, polo que se establecen medidas orzamentarias en relación cos gastos extraordinarios destinados a facer fronte ao impacto económico e social derivado da COVID-19.

²³ VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Anuario de Derecho Municipal 2014*, n. 8, Marcial Pons e Instituto de Dereito Local da UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, pp. 22-53.

se beneficiou efectivamente do servizo (por exemplo, por peche do establecemento público correspondente)²⁴. Maiores dúbidas presenta unha posible bonificación sobre a cota íntegra do imposto sobre bens inmobles (como a que se aprobou nalgún concello para compensar os arrendadores que renuncien ao cobramento do alugueiro aos seus inquilinos) na medida en que ningún dos supostos previstos no artigo 74 LFL (en especial, no art. 74. 2 *quater* LFL) se pode aplicar con carácter xeral, sen atender ás características de cada inmovble concreto, ou ao especial interese xeral das actividades que se desenvolven sobre el.

25. De xeito máis ou menos formal, activando expresamente ou non os plans municipais de emerxencias, numerosos municipios despregaron servizos de *protección civil*. Isto traducíuse, sobre todo, na mobilización dos voluntarios de protección civil, que colaboraron en labores asistenciais, de control ou mesmo sanitarios (como a distribución de máscaras).

26. No inicio do estado de alarma, algúns alcaldes ditaron bandos ou decretos de alcaldía nos cales se impuñan *limitacións* á circulación das persoas, ou á actividade comercial, *adicionais* respecto das establecidas con carácter xeral polo Goberno no artigo 7 do Real decreto 463/2020. Coñecido é, por exemplo, o bando do alcalde de Tres Cantos (que foi moi rapidamente revogado) en que se limitaba a días alternos a mobilidade dos veciños, mesmo para a realización dalgunhas das actividades non prohibidas no artigo 7 do Real decreto 463/2020. Tamén o alcalde de Alcañiz precisou mediante un bando, de forma restritiva, algunhas das prohibicións impostas polo Real decreto 463/2020. Algún alcalde, como o de Xeraco (Valencia) mesmo ordenou o bloqueo físico, mediante cercados e cúmulo de terra, dos accesos rodados ao municipio. A rápida expansión destes bandos motivou unha comunicación da Secretaría de Estado de Seguridade na cal expresamente se lles requiría aos alcaldes aterse á execución estrita, nos seus propios termos, das prohibicións ditadas polo Goberno ou polos ministros que actuaban como “autoridades delegadas”²⁵. Naquela comunicación cuestionábase a *competencia* municipal (en concreto, do alcalde) para impor restricións adicionais á liberdade de circulación, máis alá das “medidas de alarma” acordadas polo Goberno. Na miña opinión, a cuestión suscitada non se limita á simple afirmación ou negación da competencia municipal. Conflúen aquí catro elementos normativos cuxa

²⁴ BALLARÍN ESPUÑA, M., “Dos meses de estado de alarma: sus efectos en el ámbito financiero del Ayuntamiento de Barcelona”, *Blog del Instituto de Derecho Local de la UAM*, 27 de maio de 2020, www.idluam.org/blog.

²⁵ A comunicación divulgouse por medio de correos electrónicos. Oficiosamente (pois non fun receptor directo da comunicación), o texto do requirimento foi o seguinte:

“Tívoise coñecemento nesta Secretaría de Estado de Seguridade de que por parte dalgunhas corporacións locais se están a ditar por iniciativa propia disposicións polas que se establecen restricións á mobilidade alleas ás recollidas no Real decreto 463/2020.

Por tal motivo comunícase que o Real decreto 463/2020, polo que se declara o estado de alarma, designa, no seu artigo 4.3, o ministro do Interior como autoridade competente delegada para ditar as ordes, resolucións, disposicións e instrucións interpretativas que, na esfera específica da súa actuación, sexan necesarias para garantir a prestación de todos os servizos, ordinarios ou extraordinarios, para a protección de persoas, bens e lugares, mediante a adopción de calquera das medidas previstas no artigo once da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño.

En consecuencia recórdase que, a pesar de que o RD 463/2020 non altera a titularidade das competencias das distintas administracións, para os efectos da adopción de medidas relacionadas coa observancia das restricións á mobilidade e restantes actuacións contidas neste, as corporacións locais unicamente están facultadas para a adopción das medidas tendentes á execución das ordes directas procedentes da autoridade competente, sendo, neste contexto, incompetentes para a publicación de bandos ou outras disposicións que conteñan medidas distintas daquelas”.

interacción determina a posibilidade e alcance de restricións municipais da mobilidade: o mandato constitucional de protección da saúde; as competencias sectoriais municipais; as autorizacións legais para limitar dereitos fundamentais; e a prevalencia das decisións estatais ou autonómicas respecto das municipais.

27. O primeiro que cómpre ter en conta é que a protección da vida (art. 15 CE) e da saúde (art. 43 CE) son *mandatos constitucionais* dirixidos a todos os poderes públicos; polo tanto, tamén aos concellos. Isto significa, tal como sinalou xa o Tribunal Constitucional en relación con outros dereitos e principios constitucionais²⁶, que lles corresponde aos municipios dirixir o exercicio das súas competencias, mesmo as non directamente relacionadas coa saúde, cara á superación do actual estado de pandemia. En consecuencia, non é imprescindible, para que os municipios despreguen diversas actividades contra a COVID-19, a titularidade dunha competencia especificamente sanitaria ou relacionada coa saúde pública. Tamén outras competencias municipais lles permiten aos concellos, cos límites que fixen as leis, adoptar iniciativas contra o contaxio masivo da COVID-19.

28. En segundo lugar, a existencia dunha competencia municipal apta para adoptar medidas contra o contaxio infeccioso non supón que o concello poida sen máis impor restricións á libre circulación. Tal como argumentou o Tribunal Constitucional na STC 132/2001, FX 8, unha cousa é a atribución por lei de competencias municipais e outra a *autorización legal* para que os concellos poidan impor restricións no desfrute dos dereitos fundamentais dos veciños. Así, a simple atribución dunha competencia material (por exemplo, sobre tráfico) non inclúe por si a potestade de sancionar as contravencións ás ordenanzas de circulación. Isto soamente é posible cando a lei, ademais de atribuír a competencia, expresamente atribúe esa potestade de intervención ou restrición de dereitos.

29. Feitas as anteriores aclaracións, pódese empezar por comprobar en que medida as leis estatais atribúen aos municipios *competencias* que poidan amparar medidas municipais contra a pandemia. Hai que aclarar de entrada que, aínda que neste punto a confusión é moi frecuente, a lista de materias do artigo 25.2 LBRL non lles atribúe competencias sectoriais aos municipios. É unha lista de *materias de interese local* na cal as leis sectoriais do Estado ou de cada comunidade autónoma han de atribuír competencias propias aos municipios (STC 41/2016, FX 10 b). En consecuencia, aínda que o artigo 25.2 f) LBRL menciona expresamente a “policía local”, e o artigo 25.2 j) LBRL se refire á “protección da salubridade pública”, estas mencións legais non enuncian competencias municipais, simplemente ordenan que outras leis (estatais ou autonómicas, segundo a materia) lles atribúan competencias concretas aos municipios. Distinto é o caso dos *servizos públicos obrigatorios*, onde a lista do artigo 26.1 LBRL ao tempo impón obrigas de actuación municipal e a necesaria competencia para cumprir ese mandato.

30. Pois ben, proxectando todo o anterior sobre a actual situación de emerxencia sanitaria, compróbase que as *leis estatais* non lles atribúen aos municipios unha

²⁶ En relación co mandato de protección do medio ambiente (art. 45 CE): SSTC 13/1998, FX 7; 87/2019, FX 4; 113/2019, FX 4. En relación co principio de estabilidade orzamentaria (art. 135.1 CE): STC 41/2016, FFFX 3 a) e 15, e STC 11/2016, FX 4.

competencia específica sobre *saúde pública*, que é unha das dúas materias *a priori* máis conectadas coa actual pandemia. A *protección civil*, que é outra das materias competenciais máis relacionadas coa emerxencia sanitaria, si aparece mencionada expresamente como servizo municipal obrigatorio –e, polo tanto, como competencia municipal– no artigo 26.1 c) LBRL, aínda que só para os municipios de máis de 20.000 habitantes. Para os municipios menores, a vixente Lei 17/2015, do 9 de xullo, do Sistema Nacional de Protección Civil, non contén unha clara atribución competencial ao conxunto dos municipios, pero si algunhas referencias indirectas ou difusas aos concellos (arts. 15.2, 17.1, DA 9.^a). Parece, máis ben, que a lei estatal considerou que, sendo a protección civil unha materia tradicionalmente autonómica²⁷, corresponde precisamente ás leis autonómicas atribuír competencias concretas aos municipios, en execución do mandato do artigo 25.2 f) LBRL. Tamén lle corresponde a cada municipio a xestión dos *espazos e dotacións públicas locais*, todos eles bens demaniais cuxa defensa (art. 82 LBRL) e policía (art. 74 TRRL) corresponde aos correspondentes concellos. Iso permite unha ordenación do uso común xeral destes bens ao servizo do principio constitucional de protección da saúde (art. 43 CE), que vincula directamente os concellos. Tal competencia municipal para ordenar o uso común xeral das dotacións e espazos públicos está enunciada expresamente polo artigo 26.1 b) LBRL para os *parques públicos*. Outras hipotéticas competencias municipais, directamente atribuídas pola lexislación básica de réxime local, son máis difusas ou imprecisas. É o caso dunha hipotética competencia municipal sobre *convivencia cívica*, que dificilmente se pode construír sobre a simple mención legal ao poder de aprobar ordenanzas para intervir a actividade dos cidadáns (art. 84.1 a) LBRL)²⁸.

31. Á parte das leis estatais, as *leis autonómicas* atribuíronlles aos municipios diversas competencias que poden lexitimar a ordenación de condutas co fin de impedir o contaxio. Neste caso non hai un patrón competencial único. Hai comunidades autónomas máis xenerosas ou máis restritivas na atribución de competencias municipais. En Cataluña, por exemplo, as leis atribúen aos concellos competencias suficientes para combater os contaxios²⁹, e o mesmo se pode dicir de Canarias³⁰. Máis notorio aínda é o caso de Andalucía, cuxa lei xeral de réxime local atribúe aos municipios competencia sobre “promoción, defensa e protección da saúde pública”³¹. Ao outro lado, en

²⁷ BARCELONA LLOP, J., *La protección civil municipal*, Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2007, p. 203.

²⁸ Véxase en cambio: JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Públic, Barcelona, 2006, pp. 29-92 (p. 70).

²⁹ A lei catalá de réxime local atribúe directamente competencias municipais sobre “seguridade en lugares públicos” (art. 66. 3 a) do Decreto lexislativo 2/2003, do 28 de abril, polo que se aproba o Texto refundido da Lei municipal e de réxime local de Cataluña [TRLMRLC] ou sobre “salubridade” (art. 66.2 h) TRLMRLC). Tamén o artigo 52 d) da Lei catalá 18/2009, do 22 de outubro, de saúde pública, lles atribúe aos municipios competencias para a “xestión do risco contra a saúde” en equipamentos públicos.

³⁰ A Lei 11/1994, do 26 de xullo, de ordenación sanitaria de Canarias, recoñécelle ao alcalde a condición de “autoridade sanitaria” (art. 28) e atribúelle ao concello certas competencias propias sobre saúde pública (art. 47.1).

³¹ Esta competencia inclúe: “(...) c) o control preventivo, vixilancia e disciplina nas actividades públicas e privadas que directa ou indirectamente poidan supor risco inminente e extraordinario para a saúde (...) f) o control sanitario de edificios e lugares de vivenda e convivencia humana (...) i) o control sanitario de industrias, transporte, actividades e servizos (...) e j) o control da salubridade dos espazos públicos (...)” (art. 9.13 da Lei 5/2010, do 11 de xuño, de autonomía local de Andalucía: LALA). Tamén o artigo 9.14 LALA atribúe aos concellos competencia sobre a “ordenación das condicións de seguridade nas actividades organizadas en espazos públicos e nos lugares de concorrencia pública, que inclúe: a) O control, vixilancia,

comunidades autónomas como Galicia ou Madrid, as competencias municipais para abordar o contaxio da COVID-19 son menos expresas, extensas ou diáfanas, pero non inexistentes³².

32. Tal como se ve ata aquí, son varios os títulos competenciais que permiten aos concellos, con maior ou menor amplitude, adoptar medidas de distancia social contra a propagación do virus. Pero esas competencias non amparan por si calquera forma de actuación municipal, como a limitación da mobilidade nos espazos públicos. Cando se trata de impor *restricións* ao exercicio de dereitos fundamentais –como a liberdade de circulación, o dereito de reunión ou a liberdade relixiosa–, non basta coa titularidade municipal dunha materia competencial, atribuída pola lei. Dado que a limitación ou restrición de dereitos fundamentais está reservada á lei (art. 53.1 CE), as posibles limitacións municipais deben estar minimamente *previstas, autorizadas ou programadas* na lei. Isto é, non chega con que a lei recoñecese a posible actuación municipal nunha materia, mediante a atribución da correspondente competencia (protección civil, sanidade, uso común dos espazos públicos)³³. Cómpre, ademais, que a lei predeterminase os supostos normativos e o posible alcance das medidas municipais limitativas da liberdade individual. É necesario, entón, que unha lei *autorice* as posibles limitacións, en materias de *competencia* municipal.

33. Con carácter xeral, as leis de *saúde pública* non autorizan os concellos a adoptar medidas *restritivas* da liberdade de circulación, garantida polo artigo 19 CE. O artigo 54 da Lei 33/2011, de saúde pública, prevé a adopción de “cantas medidas sexan necesarias” cando concorran “motivos de extraordinaria gravidade e urxencia”, pero soamente o Estado e as comunidades autónomas –non os municipios– poden adoptar tales medidas. Un pouco diferente é o artigo 3 da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, que autoriza a adoptar “medidas que se consideren necesarias en caso de risco de carácter transmisible” ás “autoridades sanitarias das distintas administracións públicas, dentro do ámbito da súa competencia”. Neste caso a lei orgánica non limita ao Estado e ás comunidades autónomas a posible adopción de medidas limitativas da liberdade individual. A lei autoriza calquera Administración pública a acordar tales medidas “dentro do ámbito da súa competencia”. Isto significa que alí onde as leis autonómicas lles recoñeceron aos municipios competencias sobre saúde pública, como sucede en Andalucía e Canarias (*supra* § 31), os correspondentes concellos están facultados para impor restricións (locais) no exercicio do dereito fundamental de circulación (art. 19 CE).

inspección e réxime sancionador dos establecementos de concorrencia pública (...) d) A autorización de condicións específicas de admisión de persoas nos establecementos de espectáculos públicos e actividades recreativas (...) f) A elaboración, aprobación, implantación e execución do Plan de Emerxencia Municipal, así como a adopción, cos medios á disposición da corporación, de medidas de urxencia en caso de catástrofe ou calamidade pública no termo municipal (...) k) A ordenación das relacións de convivencia cidadá e do uso dos seus servizos, equipamentos, infraestruturas, instalacións e espazos públicos municipais.

³² No caso de Galicia, sería relevante o artigo 86.1 e) da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia, que atribúe competencia municipal “complementaria” sobre “a atención primaria á saúde”. Tamén o artigo 80.2 d) e e) da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, recoñece certas competencias municipais de control sanitario de espazos e produtos, o que sen dificultade lexitima actuacións de evitación de contaxios.

³³ Outra opinión, en parte, en ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 212.

Fóra da materia estritamente sanitaria, algunhas outras leis tamén prevén a imposición municipal de límites á libre circulación, aínda que estoutras leis non sempre presentan a mesma amplitude. Así acontece, por exemplo, co artigo 48.2 da Lei catalá 4/1997, de protección civil, que apodera os concellos para adoptar algunhas restricións á liberdade dos cidadáns, aínda que sen chegar ao confinamento.

34. Finalmente, a última cuestión xuridicamente relevante, sobre a competencia para impor limitacións municipais á libre circulación, refírese a que órgano de goberno municipal, dentro de cada concello, pode exercer a competencia e a autorización legal para restrinxir a libre circulación dos veciños, impondo medidas de distancia social. Isto é precisamente o que regulan os artigos 21.1 m) e 124.4. h) LBRL, ao enunciar a competencia da alcaldía para adoptar as medidas necesarias en situación de catástrofe. Como xa se dixo máis arriba (*supra* § 18), estes preceptos non outorgan competencia ningunha aos concellos, nin os autorizan a limitar ningún dereito fundamental. Simplemente, os artigos 21.1 m) e 124. 4 h) LBRL (e os seus correspondentes para os municipios de Madrid e Barcelona) atribúen ao alcalde competencias extraordinarias *respecto do pleno*. Pero nin amplían o ámbito de competencia municipal nin autorizan por si ningunha restrición de dereitos.

35. Díxose ata aquí que alí onde hai *competencia* municipal (atribuída por lei) e onde ademais hai *autorización legal* suficiente (tamén atribuída por lei), o concello, a través do alcalde, pode impor limitacións á libre circulación das persoas. É certo que tanto os títulos competenciais municipais como boa parte das autorizacións legais para limitar a liberdade son –coa excepción das leis de protección civil– imprecisas ou moi xenéricas. E por si soas *non amparan calquera medida* de emerxencia da alcaldía. En consecuencia, a cuestión xurídica central non é tanto (fronte ao que suxería a comunicación da Secretaría de Estado de Seguridade xa mencionada *supra* § 26) a existencia de competencia municipal en situacións de extraordinaria e urxente necesidade. A cuestión capital é, máis ben, a dos *límites dos límites*³⁴. Eses límites son basicamente dous: o principio de proporcionalidade e a prevalencia das decisións supramunicipais.

36. En primeiro lugar, o principio de *proporcionalidade*, propio de todo Estado de dereito (art. 1.1 CE), proscribe restricións aos dereitos fundamentais que, mesmo autorizadas en abstracto pola lei, no caso concreto sexan non-idóneas, innecesarias ou desequilibradas (en relación cos outros bens ou dereitos que pretende protexer). O segundo límite ten carácter *competencial*. Aínda que un concello pode impor sacrificios á liberdade, en materias en que sexa competente, logo de autorización legal e de forma proporcionada, eses posibles mandatos municipais *carecen de prevalencia* ou primacía fronte ás decisións de emerxencia aprobadas polo Estado ou a correspondente comunidade autónoma. En efecto, as decisións municipais de emerxencia, na medida en que *concorren* con outras competencias de emerxencia do Estado ou das comunidades autónomas, non poden *contradecir ou dificultar* a eficacia das decisións extraordinarias ditadas polo Estado ou a correspondente comunidade autónoma, cada un no ámbito das súas competencias. Porque, seguindo a pauta argumental da

³⁴ Por todos: VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., "Los límites a los derechos fundamentales", Bastida Freijedo, F.J. (coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 120-150 (p. 133).

xurisprudencia constitucional (por exemplo STC 40/1998), en ámbitos de concorrencia competencial de varias entidades territoriais debe prevalecer aquela competencia que expresa o *interese xeral* máis amplo, o que normalmente fai prevalecer o exercicio da competencia estatal (respecto da autonómica ou local) ou da autonómica (respecto da municipal)³⁵. Así sucede, dunha forma expresa e manifesta, coas restricións da libre circulación por parte do Goberno durante o estado de alarma.

37. Polo dito, para poder argumentar a prevalencia das restricións estatais, respecto das municipais, é necesario determinar se as prohibicións e mandatos engadidos por un alcalde, no contexto da COVID-19, concorren e entran en conflito coas medidas limitativas contidas no artigo 7 do Real decreto 463/2020, polo que se declara o estado de alarma, e as sucesivas ordes ministeriais que o concretan. Nesta análise hai que ter en conta que cada unha das restricións á liberdade acordada polo Goberno no artigo 7 do Real decreto 463/2020 resulta dunha ponderación entre diversos bens xurídicos, todos eles de relevancia constitucional. Isto é, o sacrificio no exercicio do dereito á libre circulación (art. 19 CE) resulta da ponderación deste dereito, no contexto concreto da pandemia, co dereito fundamental á vida (art. 15 CE) e co principio constitucional á protección da saúde (art. 43 CE). En consecuencia, dado que as limitacións impostas polo Goberno expresan un determinado equilibrio entre diversos bens constitucionais, un aumento ou redución das prohibicións –por parte dun concello– afectaría a ese equilibrio e, polo tanto, *contradiría a ponderación* intrínseca nas prohibicións prevalentes ditadas polo Goberno. Isto exclúe a posibilidade de que un alcalde realice unha *valoración política diferenciada* dos datos epidemiolóxicos considerados e valorados polo Goberno á hora de ponderar os bens xurídicos en xogo. Pero non impide que, alí onde se dean *circunstancias fácticas singulares e cualificadas*, que precisamente pola súa dimensión marcadamente local non puidesen ser consideradas polo Goberno na súa valoración e ponderación xeral, o alcalde dite medidas prohibitivas adicionais. Trasládase aquí a idea, xa exposta con carácter xeral para a regulación de dereitos fundamentais por ordenanza municipal, de que a vixencia efectiva dos dereitos fundamentais require dun *axuste singular*, para adecuar o seu contido xeral ao contexto territorial concreto en que han de actuar³⁶. A clave estará entón na efectiva existencia dunha *información epidemiolóxica localizada, certa e determinante*, que xustifique a adopción de restricións adicionais á liberdade por un alcalde. Sen esa información, e co suficiente nivel de precisión, o alcalde non estaría a actuar á marxe das competencias municipais, pero si estaría a exercer esa competencia de forma ilegal.

4 Concellos na desescalada

38. Na linguaxe común arraigou o termo *desescalada* para designar o tempo e as actuacións públicas e privadas a partir do momento en que se considera controlada –aínda que non erradicada– a COVID-19. Neste tempo revóganse algunhas das

³⁵ GARCÍA MORALES, V.Y., *Prevalencia en la planificación territorial*, cit., p. 102.

³⁶ ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, cit., p. 212.

limitacións máis severas ás actividades privadas, pero mantéñense moitas regras *de distancia social*. E, ao tempo, dispóñense novas medidas que asumen que o risco de contaxio seguirá vivo durante varios meses. O proceso de desescalada está guiado polo denominado “plan de transición cara a unha nova normalidade”, que foi aprobado polo Goberno o pasado 28 de abril³⁷ e que está inspirado nunha recomendación das presidencias do Consello Europeo e da Comisión³⁸. No “plan de transición cara a unha nova normalidade” prográmanse catro fases de desescalada, desde a 0 inicial ata a 3. E identifícanse e intégranse varios vectores de actuación pública: o reforzo da capacidade sanitaria; a contención do contaxio; a reactivación económica; e acción social, de apoio ás persoas máis desfavorecidas.

39. Aínda que desde o punto de vista epidemiolóxico e político se pode falar xenericamente de desescalada, desde a perspectiva xurídica ten sentido distinguir entre dúas ordes normativas diferenciadas: a desescalada en *réxime de alarma*; e a desescalada en réxime de simple (*sic*) *emerxencia sanitaria*. É certo que o “plan de transición” do Goberno expresamente prevé que a desescalada, en todas as súas fases, se desenvolva a través de sucesivas prórrogas do estado de alarma. Pero as dificultades parlamentarias xa na cuarta prórroga mostran que unha parte da desescalada terá lugar nunha orde xurídica distinta ao do estado de alarma. En todo caso, a actividade dos municipios durante a desescalada, prodúzase en réxime de alarma ou de “simple” emerxencia sanitaria, pódese explicar pola súa conexión coas liñas xerais de actuación pública definidas no plan de transición do Goberno.

40. No que se refire ao reforzamento das *capacidades sanitarias*, a actividade municipal é limitada, pois trátase dunha tarefa fundamentalmente autonómica. A actividade municipal apenas é de simple colaboración na xestión da atención primaria da saúde, salvo que as leis autonómicas (de réxime local ou sectoriais) lles atribúen competencias sanitarias máis amplas aos municipios. É certo que a LRSAL de 2013 suprimiu o artigo 25.2 j) LBRL, que expresamente se refería á “participación [municipal] na xestión da atención primaria da saúde”. Pero hoxe non cabe ningunha dúbida de que aquela modificación legal só significa que as comunidades autónomas xa non están obrigadas a atribuír competencias aos municipios nesa materia, pero non impide que cada comunidade autónoma, como opción política propia, atribúa esas competencias aos seus municipios. De feito, xa se expuxo máis arriba que algunhas leis autonómicas de sanidade ou saúde pública atribuíron competencias sanitarias aos municipios (*supra* § 31), o que lles permite actuar –baixo a dirección e coordinación autonómica e, se é o caso, estatal– no reforzamento das capacidades sanitarias de atención primaria.

41. Algo maior pode ser a actividade municipal en relación coa *saúde pública*. Neste ámbito é fundamental a prevención do contaxio, o que inclúe tanto a información aos veciños (sobre actividades de risco ou sobre medidas de protección) como o mantemento de distancias intersubxectivas e o control da mobilidade cidadá. As regras de distancia social poden provir directamente do Estado, como ata agora. Así, mesmo na

³⁷ <https://www.msccbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/planDesescalada.htm>.

³⁸ *Folla de ruta común europea para o levantamento das medidas de contención da COVID-19* (2020/C 126/01), p. 4.

fase “0” da desescalada diversos ministerios ditaron novas regras de distancia social, menos severas que as iniciais³⁹. Tamén é posible que, igual que ocorreu na fase moi inicial do contaxio, antes do estado de alarma (*supra* § 5), algunhas comunidades autónomas adopten medidas adicionais ou complementarias dos mandatos estatais, sempre que non entren en contradición ou dificulten a eficacia das medidas estatais. Segundo isto, a posible actuación municipal de saúde pública está en relación directa coa actividade que despreguen o Estado e cada comunidade autónoma. E isto depende, pola súa vez, da vixencia ou extinción do estado de alarma.

42. *Vixente* o estado de alarma, xa se explicou antes que os concellos están estreitamente vinculados ás medidas ditadas polo Goberno, aínda que tamén hai unha marxe para decisións autonómicas e para medidas municipais adicionais (*supra* § 20). *Fóra* do estado de alarma, o Estado aínda conserva unha importante competencia sobre “emerxencias de saúde pública” (art. 52 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública: LXSP) e sobre calquera “emerxencia de carácter nacional” (arts. 28 a 30 da Lei 17/2015, do Sistema Nacional de Protección Civil: LSNPC). En situación de “emerxencia sanitaria”, o ministro de Sanidade –en canto “autoridade sanitaria”– pode adoptar non só as medidas de restrición da liberdade enunciadas no artigo 54.2 LXSP, senón tamén as permitidas polo artigo 3 da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública. E, no caso de que a situación sanitaria se cualifique tamén como emerxencia civil, o ministro do Interior pode adoptar todas as medidas previstas no artigo 9 *bis* LSNPC. Agora ben, aínda que unha autoridade ministerial tamén pode adoptar medidas extraordinarias de distanciamento intersubxectivo, a súa execución efectiva non é idéntica á regulada no estado de alarma. Conforme o artigo 52.3 LXSP, o ministro de Sanidade pode “adoptar medidas sobre coordinación e execución das actuacións de saúde pública”, e mesmo adoptar por si “medidas de intervención especial”. Ata aquí, a competencia e potestade de intervención ministerial non se distingue da que é propia do estado de alarma. Non obstante, para a execución desas medidas, a autoridade sanitaria estatal unicamente pode “solicitar o apoio, auxilio e colaboración” doutros órganos administrativos, o que sen dúbida inclúe os órganos municipais. Algo similar se pode dicir das emerxencias de protección civil, nas cales o ministro do Interior asume a dirección da actuación pública durante unha “emerxencia de interese xeral”, o que inclúe “a ordenación e coordinación das actuacións e a xestión de todos os recursos estatais, autonómicos e locais” (art. 28.1 LSNPC) e a facultade de “requirir a colaboración das diferentes administracións públicas” (art. 28.2 LSNPC).

43. Pois ben, parece claro que esta posibilidade de “solicitar” o apoio ou *auxilio* doutras entidades e órganos públicos é algo distinto da referencia do artigo 9.1 LOEAES a que, durante o estado de alarma, “todas as autoridades civís da Administración pública do territorio afectado (...) quedarán baixo as ordes directas da autoridade competente en canto sexa necesaria para a protección de persoas, bens e lugares, podendo

³⁹ É o caso da Orde SND/370/2020, do 25 de abril, que facilita a mobilidade dos nenos; da Orde SND/380/2020, do 30 de abril, sobre actividade física non profesional ao aire libre; da Orde 386/2020, do 3 de maio, sobre actividade comercial, de hostalaría e restauración; ou da Orde SND/388/2020, do 3 de maio, sobre comercios, servizos e práctica do deporte profesional.

imporlles servizos extraordinarios pola súa duración ou pola súa natureza”, e que a Orde INT/226/2020, do 15 de marzo, declarase expresamente que todas as policía locais se atopaban “baixo as ordes do ministro do Interior” (art. 1.5) e que a súa actividade “prioritaria” era a loita contra a COVID-19. Parece claro que esta subordinación das policía locais ao Ministerio do Interior é algo cualitativamente distinto da asistencia e auxilio. Isto é, se durante o estado de alarma todos os órganos municipais de España están *subordinados* aos correspondentes ministerios, fóra do estado de alarma actívanse os *deberes de colaboración* que, con carácter xeral, se regulan hoxe no artigo 141 LRXSP. Esta distinción garda certa correspondencia coa oposición, presente no dereito comparado e europeo, entre o “préstamo orgánico” (*Organleihe*), no que un órgano administrativo actúa para unha Administración pública distinta da propia, e a asistencia ou auxilio (*Amtshilfe*), en que un órgano axuda a outro⁴⁰. Pode ser que, na práctica, non sempre se poida distinguir con claridade entre a subordinación e o auxilio. Pero a diferenza xurídica é real. Na relación de *subordinación* hai unha autoridade que ordena e outra que obedece; no auxilio, hai unha autoridade que solicita e outra que está obrigada a colaborar con ela, na medida das súas posibilidades e conforme o seu propio réxime interno. No estado de alarma, calquera medida do Goberno ou ministerial impónse sobre calquera lei vixente e, polo tanto, o órgano subordinado non pode opor norma ningunha á autoridade de alarma, nin competencial, nin orzamentaria, nin organizativa. En cambio, na emerxencia sanitaria fóra do estado de alarma o *deber de auxilio* debe facerse no marco do dereito vixente (e, polo tanto, no marco das competencias, polos procedementos, coas garantías e segundo a organización e os créditos orzamentarios que rexan en cada entidade local)⁴¹. De entrada, o artigo 141.2 prevé que a asistencia e colaboración solicitada poderá negarse cando o órgano requirido “(...) non estea facultado para prestala de acordo co previsto na súa normativa específica, non dispoña de medios suficientes para iso ou cando, de facelo, causase un prexuízo grave aos intereses cuxa tutela ten encomendada ou ao cumprimento das súas propias funcións ou cando a información solicitada teña carácter confidencial ou reservado”⁴². Parece obvio que estes límites non rexen durante o estado de alarma, conforme o artigo 9.1 LOEAES.

4.4. A actuación municipal relacionada coa saúde pública, tanto en réxime de alarma como en réxime de simple emerxencia sanitaria, está moi determinada polo grao de *uniformidade* que presenten as medidas do Goberno (e, se é o caso, de cada comunidade autónoma). No inicio da desescalada, malia que *aínda baixo estado de alarma*, o Goberno optou por iniciar certa territorialización e localización das medidas de distancia social.

⁴⁰ MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 2002, p. 542. En relación coa “Unión administrativa europea”; HARINGS, L., “Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen”; SCHMIDT-ASSMAN, E. e SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 127-152 (p. 144).

⁴¹ SANZ RUBIALES, I., “Marco general de las relaciones interadministrativas”; Eduardo Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S. e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2849-2890 (p. 2866).

⁴² O límite ao auxilio, na STS do 7 de xullo de 2002 (rec. 5696/1997).

45. A *territorialización* consiste nunha maior participación ou decisión das comunidades autónomas nas medidas de alarma. En primeiro lugar, a Orde SND/387/2020, do 3 de maio, deulles ás comunidades autónomas participación no proceso decisorio propio da desescalada (“cogobernanza” chámao a orde). Nun segundo chanzo atópase o Real decreto 514/2020, do 8 de maio, que prorrogou por cuarta vez o estado de alarma, e no artigo 4 da cal establecía que no proceso de desescalada “o Goberno poderá acordar conxuntamente con cada comunidade autónoma” os mandatos e prohibicións aplicables no seu territorio; ademais, segundo o mesmo artigo 4, esas medidas acordadas e territorializadas “serán aplicadas por quen desempeñe a presidencia da comunidade autónoma, como representante ordinario do Estado no territorio”. En aplicación do mesmo Real decreto 514/2020, a extensa Orde SND 399/2020, do 9 de maio, que aprobou as “medidas de alarma” para as unidades territoriais que a partir do día 11 de maio pasaron á “fase 1” do “plan de transición á nova normalidade”, introduciu pequenos espazos de decisión autonómica. En concreto, no seu artigo 7.3 e 4 abría un pequeno ámbito de decisión propia ao *lehendakari* vasco á hora de aplicar as restricións xerais de mobilidade no País Vasco⁴³. Esa actividade aplicativa do *lehendakari*, en canto directamente vinculada ás medidas governativas de alarma, rexíase polo réxime extraordinario propio do estado de alarma. En consecuencia, o *lehendakari* podía desbordar a orde competencial legal e estatutaria tanto horizontalmente (respecto do Parlamento Vasco) como verticalmente (respecto dos territorios históricos e os municipios). Noutros termos: conforme o artigo 9.1 LOEAEs, na aplicación das medidas governativas de alarma, todas as autoridades civís no País Vasco quedaban “baixo as ordes directas” do *lehendakari*.

46. Xunto á territorialización autonómica, na fase de desescalada, aínda en estado de alarma, iniciouse certa *localización ou municipalización* das medidas de saúde pública. O alcance desta municipalización estivo moi condicionado polo alcance final da territorialización autonómica, e polas decisións de saúde pública que efectivamente adopte cada comunidade autónoma. Para as “unidades territoriais” que fosen pasando á “fase 1” do *plan de desescalada*, a Orde SND 399/2020, do 8 de maio, abría varios espazos de decisión municipal, de maneira que os concellos xa non só executaban as decisións de alarma do Goberno, senón que tamén dispuñan dunha marxe de definición ou modulación propia desas medidas. Así, correspondíalle a cada concello dispor sobre a continuación –ou non– da venda non sedentaria, a través de *mercadillos* (art. 10.6 da Orde SND 399/2020). Recórdese que a ocupación do espazo público mediante venda ambulante é unha *competencia municipal*, de maneira que a Orde SND/399/2020 carecía de relevancia competencial, simplemente levantaba a prohibición preexistente (no art. 10 do Real decreto 463/2020) permitindo que cada concello, no exercicio da súa competencia previa, cumprise de forma localizada e ponderada co mandato de protección da saúde pública (art. 43 CE) que incumbe a todos os poderes públicos. Algo similar se pode dicir sobre a reapertura das terrazas ao aire libre con ata o 50% da súa capacidade previa (art. 15.1 Orde SND/399/2020). Xunto a isto, naqueles casos

⁴³ Ese espazo competencial creado pola Orde SND/399/2020, do 9 de maio, concretouse no Decreto 8/2020, do 10 de maio, do *lehendakari*.

en que fose o propio concello quen organizase actividades culturais ou quen prestase servizos con contacto social (como os servizos deportivos ao aire libre e en espazos pechados), correspondíalle tamén ao concello optar por reiniciar esas actividades e servizos, coas novas limitacións de capacidade e os mandatos de prevención (arts. 33, 41 e 42 Orde SND/399/2020), ou pospor as ditas actividades a un momento posterior da desescalada. No proceso de territorialización autonómica, en paralelo á local, esa marxe de opción municipal foi constrinxida nalgunhas comunidades autónomas⁴⁴.

47. Unha novidade que engadía a disposición adicional 5.^a da Orde SND/399/2020 era que as súas medidas “[podían] ser completadas por plans específicos de seguridade, protocolos organizativos e guías adaptadas a cada sector de actividade que aproben as administracións públicas (...)”. Dábase entrada con isto a que cada concello puidese detallar o alcance das medidas gobernamentais. Esa regulamentación xa era previa posible ao abeiro da potestade municipal de autoorganización (art. 4.1 a) LBRL), da competencia municipal para ditar medidas de urxencia (art. 21.1 m) LBRL), ou como medidas adicionais municipais, en exercicio de competencias propias (*supra* § 20). O singular e novo é que aqueles plans, protocolos e guías previstos na DD 5.^a da Orde SND/399/2020 se podían ditar *en réxime de alarma*, non en exercicio das competencias e potestades municipais ordinarias. E, polo tanto, os límites propios deses protocolos, guías e plans estaban na propia orde ministerial, no Real decreto 514/2020 (que prorrogaba o estado de alarma declarado inicialmente polo Real decreto 463/2020), na LOEAES e na Constitución. Tratándose de protocolos ou guías en execución ou desenvolvemento de medidas governativas de alarma, o seu réxime xurídico era o propio das decisións de alarma, *non o réxime local ordinario*. Hai que lembrar que, conforme o artigo 9.1 LOEAES, a partir da declaración do estado de alarma todas as autoridades civís (e, polo tanto, tamén as municipais) quedan “baixo as ordes” das autoridades estatais. Deste xeito, igual que os controis de confinamento realizados en fase de “escalada” se sometían ao réxime xurídico da alarma (e por iso as posibles sancións por denuncias municipais se rexían polo art. 10 LOEAES e polo art. 20 do Real decreto 463/2020), tamén os plans, protocolos e guías municipais que “completan” as ordes ou medidas gobernamentais de alarma se rexían polo réxime xurídico propio do estado de alarma. Isto supón que o límite propio á regulamentación local non se atopaba nas competencias nin nos procedementos propios do réxime local, senón na súa adecuación ás propias medidas governativas de alarma ás que complementaban.

48. Máis importante aínda que a execución e o desenvolvemento municipal das medidas governativas de distancia social é a facultade municipal de ordenar o *uso dos espazos públicos* para facilitar o cumprimento das ditas distancias. Inclúense aquí as medidas de peonalización de rúas, para ampliar o espazo dos viandantes, a sinalización de corredores peonís nas beirarrúas ou cruzamentos, ou mesmo a habilitación de vías só para bicicletas. Todas estas medidas, malia a súa importancia real, *non son nin execución nin desenvolvemento* das medidas sanitarias de saúde pública. Son medidas municipais *coadxuvantes* á eficacia dos mandatos de distancia social, pero non

⁴⁴ Así, no País Vasco, o *lehendakari*, por medio do Decreto 8/2020, do 10 de maio, expresamente prohibiu (na primeira fase da desescalada) a apertura de instalacións deportivas públicas (e, polo tanto, de polideportivos e ximnasia municipais).

a súa execución. En consecuencia, non se rexen polo réxime extraordinario do estado de alarma, senón polo dereito local *ordinario*. Isto é, todas esas medidas municipais exércense conforme as competencias municipais propias, de acordo coa distribución interna do poder entre os órganos municipais de goberno, e nos límites das distintas leis e ordenanzas sectoriais. Máis arriba xa se fixo referencia á competencia municipal para a ordenación dos espazos públicos, como as rúas, prazas e parques (*supra* § 30), ao que hai que engadir agora tamén a competencia municipal sobre mobilidade, atribuída expresamente polo artigo 7 a), b) e c) do Real decreto legislativo 6/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei sobre tráfico, circulación de vehículos de motor e seguridade viaria.

49. Na segunda fase de desescalada, segundo o establecido no Real decreto 537/2020, que contén a quinta prórroga do estado de alarma, mantívose a territorialización autonómica e, en paralelo, a *municipalización* do estado de alarma. Así, conforme a Orde SND/440/2020, do 23 de maio, na “fase 2” da desescalada as comunidades autónomas poden modificar –con límites– a capacidade dos museos (art.3.3) ou dos establecementos de hostalaría e restauración (art. 3.5), o que loxicamente repercute tamén sobre os concellos. Máis alá, no que se refire directamente aos municipios, prevese que os concellos poidan solicitar ao Ministerio de Sanidade a non aplicación das medidas de flexibilización correspondentes á “fase 2” (art. 9.1 da Orde SND/427/2020). Tamén a mesma Orde lles impón aos concellos a elaboración de “plans de adecuación dos espazos públicos” (art. 10). Tal como se dixo xa máis arriba (*supra* § 30), o dereito local ordinario xa permitía aos concellos ordenar o uso dos espazos públicos para evitar os contaxios. A novidade agora é que a “adecuación” dos espazos públicos se realiza *en réxime de alarma*, non ordinario, e, polo tanto, con desprazamento de calquera límite normativo que puidese dificultar a súa efectividade. E precisamente porque estes plans de “adecuación” dos espazos públicos se realizan en réxime de alarma, ao abeiro da facultade gobernativa de dar ordes a calquera autoridade (art. 9.1 LOEAES), a mesma orde ministerial que impón eses plans dispón que serán elaborados polos concellos baixo a *coordinación* das comunidades autónomas. En condicións normais, ese poder de coordinación autonómica só sería posible se estivese expresamente previsto na lei (art. 59 LBRL). Pero, tratándose dunha medida de alarma, non rexe esa exixencia legal. Algo similar se pode dicir para o *uso das praias*. Tamén aquí o artigo 5.4 da Orde SND/440/2020, do 23 de maio, autoriza os concellos a establecer limitacións de ocupación, distancias mínimas, regras de acceso e límites de permanencia nas praias⁴⁵. Estas facultades municipais resultan do mandato de

⁴⁵ Véxase, por exemplo, o Decreto da Alcaldía de Sopela (Bizkaia), do 27 de maio de 2020, que ordena:
PRIMEIRO. O peche parcial do aparcadoiro de acceso ás praias de Barinatxe e Arriatera, así como o peche total do aparcadoiro de acceso á praia de Atxabiribil e, en consecuencia, a prohibición de estacionar ou circular nesas zonas. Poderá establecerse unha maior apertura ou ben de forma parcial ou total en determinadas horas ou días da semana sempre cando a evolución da alerta sanitaria e a capacidade dos areais o permitan.
SEGUNDO. O desaloxo ou a limitación de acceso ás praias de Barinatxe, Arriatera e Atxabiribil, en función das indicacións do persoal da Deputación Foral de Bizkaia, do Servizo de Salvamento e Socorrismo ou dos datos que se poidan obter por outros medios polos que se poida advertir que o nivel de ocupación da praia poida ocasionar un risco para a saúde das persoas usuarias.
TERCEIRO. A prohibición de deporte individual e/ou colectivo nos areais, desde as 11.00 ata as 20.00 horas
CUARTO. A recomendación ás persoas usuarias dun tempo máximo de permanencia nas praias de tres horas.

distancia intersubxectiva mínima de dous metros nas praias (art. 5.4.1 da orde), polo que as facultades municipais teñen como único fin “asegurar” o seu cumprimento. En réxime ordinario, e consonte a lexislación de costas, os concellos non dispoñen de facultades tan amplas para disciplinar o uso das praias. Así, por exemplo, o artigo 54.2 do Regulamento de costas (Real decreto 876/2014, do 10 de outubro) reserva á Administración estatal (logo de informe autonómico e municipal) a fixación dos accesos públicos ás praias, así como os aparcadoiros correspondentes. Por outra banda, os artigos 68.2, 69.2 e 74 do Regulamento de costas fixan ratios ou límites de ocupación das praias. Pois ben, durante o estado de alarma, e conforme o establecido no artigo 5.4 da Orde SND/440/2020, cada concello é competente para disciplinar o uso común das praias co fin de manter a distancia social de dous metros, o cal pode xustificar unha superficie de praia ocupada superior á que de ordinario permitiría o Regulamento de costas.

50. Aludíase máis arriba (*supra* § 38) a que o denominado “plan de transición a unha nova normalidade” se refire, xunto á actuación sanitaria e de saúde pública, tamén á *reactivación económica e á asistencia social*. Aínda que as iniciativas públicas nestes dous ámbitos se iniciaron durante a vixencia do estado de alarma, o seu desenvolvemento efectivo non está condicionado xuridicamente por esa situación constitucional extraordinaria. Igual que a maioría dos reais decretos-leis ditados polo Goberno durante a “escalada” non se rexen polo réxime xurídico da alarma (porque non conteñen medidas directas contra a pandemia, senón contra os seus devastadores efectos económicos e sociais), así tamén as actuacións públicas en materia económica e social na fase de “desescalada” se rexen polo *dereito ordinario*. No que se refire á actividade municipal, isto significa que os órganos municipais non actúan “ás ordes” das autoridades estatais, senón nos seus ámbitos competenciais propios, e nos límites das correspondentes leis e regulamentos de réxime local e sectoriais. Isto implica que a desescalada municipal pode adoptar expresións moi diversas, en función das correspondentes comunidades autónomas. Así, mentres nalgunhas comunidades autónomas os municipios son competentes para fomentar ou facer promoción da actividade económica (por exemplo, en Andalucía conforme o art. 9 apartados 16, 17 c) e 21 da LALA), noutras comunidades, como Madrid, esta posibilidade é moito máis limitada (*supra* § 23). Todas estas axudas, dado que non son medidas de alarma, réxense polo dereito ordinario. Isto é, pola Lei xeral de subvencións (LXS), polas leis autonómicas de subvencións e mesmo por cada unha das ordenanzas municipais de subvencións⁴⁶. En principio, e segundo a previsión extraordinaria prevista no artigo 22.3 c) LXS, as axudas municipais á reactivación económica poden concederse directamente, sen necesidade de convocatoria competitiva previa. Pero, mesmo sendo isto posible, non é a opción idónea, en termos de boa administración, para un proceso masivo de subvencións, a un número moi elevado de beneficiarios e

QUINTO. A recomendación ás persoas usuarias de non portar antucas, cadeiras, hamacas, colchóns, etc., salvo que se considere estritamente necesario.

⁴⁶ Por exemplo, para Madrid: Ordenanza de bases reguladoras xerais para a concesión de subvencións polo Concello de Madrid e os seus organismos públicos do 30 de outubro de 2013, modificada substancialmente por acordo do Pleno do 31 de maio de 2017.

consumindo unha parte importante dos recursos municipais. Mellor opción é configurar normativamente –*por ordenanza*– un procedemento áxil e extraordinario de concorrencia e outorgamento, que garanta certo nivel de homoxeneidade, igualdade de trato, publicidade e control intersubxectivo das axudas, limitando así posibles desviacións na xestión dos ingresos públicos.

51. As distintas medidas municipais de desescalada proxéctanse sobre un mesmo fenómeno (a pandemia e os seus efectos sociais e económicos) e *interactúan* entre si. Así, as medidas relativas ao uso do espazo urbano –para manter a distancia social– están directamente relacionadas coa ocupación da vía pública mediante terrazas (e, polo tanto, coas correspondentes taxas por ocupación do dominio público municipal). Tamén as posibles axudas municipais aos establecementos comerciais están directamente conectadas coas posibles bonificacións nos tributos locais (como o IBI). A estreita conexión entre as distintas medidas municipais motivadas por un mesmo feito (a COVID-19) aconsella unha actuación municipal planificada e programada, conforme o artigo 4.1 a) LBRL. Dentro do amplísimo concepto de plan faise referencia aquí non á planificación normativa (como é a urbanística), senón á planificación interna, destinada a *optimizar* de forma coherente os recursos dispoñibles⁴⁷. Esta planificación desprega internamente os efectos propios dunha instrución: coherencia e certeza. Aínda que a eficacia plena das súas determinacións e liñas de actuación pode requirir a aprobación simultánea de ordenanzas e decretos de alcaldía ou xunta de goberno. A aprobación de *ordenanzas*, de forma complementaria aos plans municipais, é necesaria naqueles casos en que a actuación municipal se refira a materias reservadas á lei⁴⁸, esta reserva expresamente á ordenanza (como a regulación dos tributos locais de calquera clase), implique unha regulación xeral e abstracta, ou se refira a unha actividade ou materia xa regulada previamente mediante ordenanza (como en materia de terrazas de veladores ou de subvencións).

52. Toda esta descrición das medidas sociais e económicas dos concellos, en fase de desescalada, unicamente se refire ás iniciativas municipais *propias*, cos seus propios recursos económicos (ou transferidos polas deputacións provinciais). Agora ben, en función da magnitude da crise económica nacional provocada pola pandemia, é previsible que os concellos actúen tamén como *xestores indirectos* de políticas sociais autonómicas e de políticas de reactivación económica e do emprego, tanto estatais como autonómicas. Na fase inicial de escalada, numerosos concellos xa actuaron como xestores intermedios de axudas autonómicas ou estatais. Unha posible intervención masiva do Estado na economía, con financiamento propio ou da Unión Europea, puidese seguir a pauta do chamado “Plan E” de 2008⁴⁹, polo que se financiaron numerosas obras e servizos municipais como forma de mantemento do emprego en todos

⁴⁷ Véxase: PAREJO ALFONSO, L., “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020, pp. 7-40 (p. 23).

⁴⁸ VELASCO CABALLERO, F., “La forma de gobierno municipal”, *Anuario del Gobierno Local 2019*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2020.

⁴⁹ Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL), creado polo Real decreto-lei 9/2008, do 28 de novembro. Este primeiro fondo tivo continuidade (aínda que con alteración parcial das súas finalidades) no posterior Fondo Estatal para o Emprego e a Sustentabilidade Local (FEESL), aprobado polo Real decreto-lei 13/2009, do 26 de outubro.

os municipios⁵⁰. Aquelas inxentes transferencias estatais condicionadas⁵¹ achegaron moi pouco en termos de políticas municipais (pois o seu obxectivo era o mantemento do emprego) e de desenvolvemento económico local⁵². Agora, na metade do proceso de desescalada, a FEMP xa propuxo a creación de *dous fondos financeiros*, nutridos con transferencias estatais⁵³. Co fin de non reproducir a mesma estratexia do “Plan E” de 2008 –e os seus magros resultados reais–, cómpre que esas posibles transferencias estatais non atendan só ao mantemento do emprego (como forma de creación de rendas para o consumo), senón que fomenten tamén políticas de desenvolvemento económico municipal máis estratéxicas, máis autonómicas e a máis longo prazo. E é necesario tamén que os municipios anticipasen –nos plans de reactivación a que se fixo referencia máis arriba– as súas propias estratexias e prioridade municipais de reactivación económica. Todo isto corresponde a un tempo que xa non pode abranquer este estudo.

Bibliografía

- AGUERREA, A., ARÉVALO, P. e HERCE, J.A., “El Fondo de inversión Local: un enfoque descentralizado para la reactivación económica”, *Análisis Local*, n. 84, 2009.
- AGUILAR ROMÁN, A.I., “Estado de alarma: suspensión, interrupción, ampliación de plazos y otras medidas en el ámbito tributario local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 7 de abril de 2020.
- BALLARÍN ESPUÑA, M., “Dos meses de estado de alarma: sus efectos en el ámbito financiero del Ayuntamiento de Barcelona”, *Blog del Instituto de Derecho Local de la UAM*, 27 de mayo de 2020, www.idluam.org/blog.
- BARCELONA LLOP, J., *La protección civil municipal*, Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2007.
- ECHÁNIZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019.
- GARCÍA MORALES, V.Y., *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019.
- GORDO GONZÁLEZ, L., “RDL 10/2020: ¿Se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?”, *Blog del Instituto de Derecho Local*, 1 de abril de 2020, www.idluam.org/blog.
- HARINGS, L., “Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen“, Schmidt-Assman, E. e Schöndorf-Haubold, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

⁵⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público y libre competencia en la contratación pública local”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 95, 2010, pp. 31 e ss. (p. 33).

⁵¹ Véxanse os datos, postos en relación cos anos posteriores, en ECHÁNIZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019, p. 93.

⁵² Algúns criterios útiles para esta valoración en AGUERREA, A., ARÉVALO, P. e HERCE, J.A., “El Fondo de inversión Local: un enfoque descentralizado para la reactivación económica”, *Análisis Local*, n. 84, 2009, pp. 36 e ss. (p. 142).

⁵³ *Pilares locales para la reactivación económica y social de la Administración local*, documento aprobado pola Xunta de Goberno da Federación Española de Municipios o 22 de maio de 2020.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Públic, Barcelona, 2006.
- MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 2002.
- NOGUEIRA, A., “Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público y libre competencia en la contratación pública local”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 95, 2010.
- ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2014.
- PAREJO ALFONSO, L., “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020.
- PASTOR MERCHANTANTE, F., “Las ayudas locales a las empresas”, Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017.
- SANZ RUBIALES, I., “Marco general de las relaciones interadministrativas”, Eduardo Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S. e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2014*, n. 8, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015.
- VELASCO CABALLERO, F., “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, n. 10, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017.
- VELASCO CABALLERO, F., “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., “La forma de gobierno municipal”, *Anuario del Gobierno Local 2019*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2020.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Los límites a los derechos fundamentales”, Bastida Freijedo, F.J. (coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

Regap



ESTUDIOS

O contrato menor como cuestión maior na contratación do sector público¹

El contrato menor como cuestión mayor en la contratación del sector público

Sub-dimensional public procurement as a major issue for the public sector



ANABELÉN CASARES MARCOS

Profesora titular de Dereito Administrativo
Universidade de León
Orcid 0000-0002-5842-4637
a.casares@unileon.es

Recibido: 23/06/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4560>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Poucas cuestións motivaron tanta literatura tras a aprobación da LCSP como a contratación menor, erixíndose rapidamente en tema estrela da reforma. A confusión suscitada pola inadecuada redacción do seu artigo 118 converteuna enseguida, precisamente pola resistencia de administracións e entidades públicas a abandonala, nunha cuestión maior, incluso, se se me permite a expresión, nunha peza de caza maior case imposible de abater malia a satisfacción con que se acolleu nun primeiro momento a súa nova regulación. E así, aínda que a súa restrición pola reforma de 2017 se debe, entre outras cuestións, ao uso abusivo durante anos da figura, o lexislador socavou paulatinamente a súa firmeza inicial ao respecto.

Palabras clave: Contrato menor, necesidade e idoneidade da contratación pública, fraccionamento indebido do contrato, eficiencia contractual, racionalización técnica da contratación pública.

Resumen: Pocas cuestiones han motivado tanta literatura tras la aprobación de la LCSP como la contratación menor, erigiéndose rápidamente en tema estrella de la reforma. La confusión suscitada por la inadecuada redacción de su artículo 118 la convirtió enseguida, precisamente por la resistencia de administraciones y entidades públicas a abandonarla, en una cuestión mayor, incluso, si se me permite la expresión, en una pieza de caza mayor casi imposible de abatir pese a la satisfacción con que se acogió en un primer momento su nueva regulación. Y así, aunque su restricción por la reforma de 2017 se debe,

¹ Este traballo realizouse no marco do proxecto de investigación DER2017-83864-R, A sustentabilidade como idea reitora das políticas públicas e da prestación de servizos públicos para o benestar dos cidadáns, do Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades, cuxo investigador principal foi o prof. Tomás Quintana López, catedrático de Dereito Administrativo da Universidade de León; e actualmente é o prof. Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, profesor titular de Dereito Administrativo da Universidade de Salamanca.

entre outras cuestións, al uso abusivo durante anos de la figura, el legislador ha socavado paulatinamente su firmeza inicial al respecto.

Palabras clave: Contrato menor, necesidade e idoneidade de la contratación pública, fraccionamiento indebido del contrato, eficiencia contractual, racionalización técnica de la contratación pública.

Abstract: Few issues have motivated as much literature after the approval of the LCSP as sub-dimensional public procurement, quickly becoming the star issue of the reform. The confusion caused by the inadequate wording of its article 118 quickly turned it, precisely because of the resistance of public Administrations and entities to abandon it, into a bigger issue, even, if I may say so, into game that is practically impossible to hunt down despite the satisfaction with which its new regulation was initially accepted. And so, although the restriction of the 2017 reform is due, among other issues, to its abuse for years, the legislator has gradually undermined the initial firmness in this regard.

Key words: Sub-dimensional public procurement, necessity and suitability of public contracting, undue division of the contract, contractual efficiency, technical rationalization of public contracting.

SUMARIO: 1 Introducción: a razón de ser do contrato menor e o porqué da súa reforma. 2 Condicións *sine qua non* para a válida celebración dun contrato menor. 2.1 Restricción do seu obxecto. 2.2 Limitación por contía. 2.3 Duración. 3 Requirimentos formais para a adxudicación, perfección e formalización do contrato menor. 3.1 A preceptiva motivación da necesidade do contrato menor. 3.2 Contrato menor e fraccionamento indebido do obxecto contractual. 3.3 Adxudicación e perfección contractual. 3.4 Transparencia e publicidade na contratación menor. 4 Reflexión final.

1 Introducción: a razón de ser do contrato menor e o porqué da súa reforma

Enténdese por contrato menor aquel que por razón da súa reducida contía conta cun procedemento de adxudicación que cabería cualificar de privilexiado, posto que exige menores trámites e, precisamente por iso, facilita e axiliza a súa celebración e, polo tanto, a propia execución contractual². O seu propio concepto pivota, en consecuencia, sobre a simplificación de trámites procedementais disposta polo lexislador para os contratos do sector público por debaixo dun determinado limiar económico, sen que as prestacións a que se obrigan as partes sexan, non obstante, diversas ás dos demais contratos que se poidan subscribir³. De aí a ausencia de definición legal expresa deste tipo de contrato, presente, malia todo, de forma ininterrompida na nosa lexislación, aínda que con lóxicas adaptacións, desde o Real decreto do 27 de febreiro de 1852, de Bravo Murillo, que completaba a Lei de administración e contabilidade de 1850⁴.

É máis, a exposición de motivos da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, vixente ata o 22 de xuño de 2000, considera digna de mención a súa “potenciación dos contratos menores”, unha das innovacións coas que “se trata de conseguir unha Lei de contratos das administracións públicas que

² Sobre a orixe do contrato menor e o seu mantemento no noso ordenamento xurídico, pode verse VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 93, 2015, pp. 390 e ss.

³ Neste sentido, ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, do 1 de maio de 2020, p. 1.

⁴ *Vid.* VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., pp. 390 e ss.

responda axeitadamente ás necesidades que a situación da contratación pública exige actualmente”. Unha idea na que incide tempo despois a exposición de motivos da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, ao vincular a súa regulación do contrato menor á revisión xeral que efectúa “da regulación da xestión contractual, co fin de avanzar na súa simplificación e racionalización, e diminuír os custos e cargas que recaen sobre a entidade contratante e os contratistas particulares”⁵.

En todo caso, a contratación menor foi obxecto de especial discusión durante a tramitación e, sinaladamente, tras a aprobación da actualmente vixente Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP). Durante o debate parlamentario cuestionouse a figura de forma xeneralizada, obviando con frecuencia a súa indubidable conveniencia, no caso de ser ben aplicada, para solucionar eficientemente pequenos labores e prestacións públicas que han de contratarse no mercado. O problema non estriba tanto na figura en si como no uso que se fixo desta⁶. Non en van, a simplificación procedemental que comporta foi acompañada invariablemente dun significativo recorte, por non dicir completa supresión, da transparencia, en particular da publicidade, a prol dunha maior flexibilidade e axilidade contractual, terreo fertilizado, sen dúbida, para prácticas viciadas e corruptelas variadas⁷.

E así, aínda que o contrato menor representa, certamente, unha fórmula áxil para a execución de determinadas actuacións de pequeno importe, éríxese, non obstante, simultaneamente, nunha das áreas da contratación pública de menor claridade. Así o avalaron as sucesivas chamadas de atención sobre o particular e o empeño que cabe apreciar desde hai xa algún tempo, desde instancias diversas, por reducir o seu número no noso país⁸. Cabe destacar, para tal efecto, a incorporación da “redución

⁵ E así, para TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 196, 2019, pp. 269 e ss., os órganos de contratación asentáronse “na molición do contrato menor”, esquecendo que existían outras formas de acceder aos mesmos bens, servizos e subministracións de forma máis transparente, competitiva e pública.”

⁶ CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10, 2018, pp. 59 e ss., denuncia como o seu emprego indebido provocou prácticas clientelares e a proliferación de casos mediáticos de corrupción, entre os que cita as tramas Gürtel e Palau, a operación Pokémon e o caso Púnica, sen que iso deba levar a presupor que todo contrato menor encerre sempre un interese oculto ligado á corrupción.

⁷ Vallan, por todos, as palabras do senador Navarrete na presentación e o debate no Senado das emendas ao Ditame da Comisión de Facenda e Función Pública sobre o proxecto de lei, cando afirma que “a cuestión estriba en como se están a usar estes contratos por parte da Administración pública. *A priori* é un loable instrumento para conseguir unha actuación máis rápida nunha adxudicación de contrato de importe pequeno, pero non en poucas ocasións pasa que os representantes públicos usan este instrumento dunha forma retorcida, fraudulenta ou mesmo demasiado descartada, como se pode apreciar na práctica de múltiples contratos de servizo adxudicados directamente por un valor de, casualmente, 14.999 euros”. Neste sentido, o senador Martínez Ruiz non dubida mesmo en denunciar, con certa cruexa e ignorando os resultados en que desemboca cando é ben aplicado, que se trata dun contrato “adxudicable a dedo polo órgano de contratación e xerador de viciadas dinámicas clientelares e de amiguismo coñecidas por todas e todos”. *Vid. o Diario de Sesiones del Senado. XII Legislatura*, n. 42, do 27 de setembro de 2017, pp. 167 e 168. CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, cit., p. 58, fala, nesta mesma liña, de como acaba converténdose en “patoloxía endémica” do sistema contractual público, consecuencia da súa “utilización indebida, repetitiva, abusiva e xeneralizada”.

⁸ *Vid.*, desde a perspectiva da Unión Europea, sobre a ausencia de información e transparencia suficiente respecto a este tipo de contratos, DRAGOS, D.C., “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, Bovis, C.H. (ed.), *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016, pp. 176 e ss.

de celebración de contratos menores”, orientándose a que se prime “o requisito do menor prezo de licitación”, como medida de actuación sobre os gastos a propor no plan de axuste a que se poderán acoller as entidades locais co fin de concertar as operacións de crédito reguladas polo Real decreto-lei 4/2012, do 24 de febreiro, polo que se determinan obrigas de información e procedementos necesarios para establecer un mecanismo de financiamento para o pagamento aos provedores das entidades locais⁹.

Máis significativas aínda son as advertencias, cando non abertas amoestacións, dirixidas a España pola Unión Europea. Se o informe da Comisión ao Consello e ao Parlamento Europeo sobre a loita contra a corrupción na Unión Europea¹⁰ alertaba xa en 2014 de que “nalgúns Estados membros, o uso de procedementos non competitivos é considerablemente superior á media da Unión Europea”, desembocando a debilidadade ou fragmentación dos instrumentos de control da contratación pública, sobre todo no nivel local, en “casos de favoritismo na asignación de fondos públicos” moi estendidos¹¹, a recomendación de decisión do Consello formulada posteriormente en 2016 para advertir a España sobre a necesidade de adoptar medidas dirixidas á redución do déficit¹² subliña a perentoriedade con que o noso ordenamento xurídico debe dispor “un marco coherente que garanta a transparencia e a coordinación da política de contratación pública de todas as entidades e autoridades de contratación co fin de garantir a eficiencia económica e un alto nivel de competencia”, incluíndo, en particular, “mecanismos de control *a priori* e *a posteriori* axeitados para a contratación pública co fin de garantir a eficiencia e o cumprimento da lexislación”¹³.

Todo iso na liña, polo demais, dunha consolidada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea que insiste na suxeición dos contratos públicos de escaso valor ás normas fundamentais e principios inspiradores do dereito comunitario aplicable á contratación pública¹⁴. E así, a súa Sentenza do 11 de xaneiro de 2005,

⁹ Medida 10 do Anexo III da Orde HAP/537/2012, do 9 de marzo, pola que se aproban o modelo de certificado individual, o modelo para a súa solicitude e o modelo de plan de axuste, previstos no Real decreto-lei 4/2012, do 24 de febreiro, polo que se determinan obrigas de información e procedementos necesarios para establecer un mecanismo de financiamento para o pagamento aos provedores das entidades locais.

¹⁰ Do 3 de febreiro de 2014, COM (2014) 38.

¹¹ Non dubida a Comisión en afirmar, para este efecto, que “os mecanismos de control da contratación pública por debaixo dos limiar da lexislación da Unión Europea son particularmente débiles na maioría dos Estados membros”. De aí que unha das súas recomendacións esenciais sexa a “aplicación de altos estándares” de transparencia para a totalidade do ciclo de contratación, así como durante a execución dos contratos”.

¹² Recomendación de Decisión do Consello pola que se formula unha advertencia a España para que adopte medidas dirixidas á redución do déficit que se considera necesaria para pór remedio á situación de déficit excesivo, do 27 de xullo de 2016, COM (2016) 518 final.

¹³ Recomendación que o Consello acolle no artigo 1.6 da Decisión (UE) 2017/984 do Consello, do 8 de agosto de 2016, pola que se realiza unha advertencia a España para que adopte medidas dirixidas a unha redución do déficit que se considera necesaria para pór remedio á situación de déficit excesivo.

¹⁴ Facendo súa, en definitiva, a advertencia do apartado 3.28 do *Libro verde sobre a contratación pública na Unión Europea: reflexións para o futuro*, do 27 de novembro de 1996, COM (96) 583 final: “Os procedementos previstos polas directivas comunitarias son aplicables exclusivamente aos contratos públicos dun importe considerado superior aos limiares establecidos. Algúns poderes adjudicadores consideran que os contratos públicos que non alcanzan estes limiares non están sometidos a ningunha disposición comunitaria, de maneira que en ocasións estes contratos se adxudican sen ter convocado previamente un concurso público. Moitos destes contratos son dunha importancia considerable, en particular para a pequena e mediana empresa. Igual que o outorgamento de concesións e contratos similares, a adxudicación destes contratos debe efectuarse respectando as disposicións do Tratado CE sobre a libre circulación das mercadorías e servizos e os principios fundamentais de non discriminación, igualdade de trato e transparencia, que se atopan na súa base”.

asunto C-26/03 (*Stadt Halle*), resulta clara ao descartar taxativamente a formulación pola que a directiva comunitaria non exixiría tutela xudicial “cando non existe un procedemento formal de contratación pública e a decisión da entidade adxudicadora de non incoar o dito procedemento non é recorrible, como tampouco o é, por outro lado, a decisión pola que se determina se un contrato público está ou non comprendido dentro do ámbito de aplicación das normas comunitarias pertinentes”, xa que “tería como resultado converter a aplicación das normas comunitarias pertinentes en facultativa segundo a vontade de cada entidade adxudicadora, cando, pola contra, esa aplicación é obrigatoria se se cumpren os requisitos previstos nestas normas”. É máis, sostén que “unha facultade deste tipo podería provocar a infracción máis grave do dereito comunitario en materia de contratos públicos por parte dunha entidade adxudicadora”¹⁵. Unha idea que reitera, entre outras, na súa Sentenza posterior do 18 de decembro de 2007, asunto C-220/06, no marco dunha decisión prexudicial proposta precisamente pola Audiencia Nacional española no marco dun procedemento entre a Asociación Profesional de Empresas de Repartición e Manipulación de Correspondencia e a Administración xeral do Estado, ao destacar que “o mero feito de que o lexislador comunitario considerase que os procedementos especiais e rigorosos previstos nas directivas sobre contratos públicos non son axeitados cando os contratos públicos son de escaso valor non significa que estes estean excluídos do ámbito de aplicación do dereito comunitario”¹⁶.

En suma, desde a perspectiva concreta do contrato menor, tolerado de mala gana polo dereito da Unión Europea¹⁷, trataríase de evitar o abuso da figura, mesmo cando iso supoña que a eficacia procedemental sobre a que se asenta deba ceder, en ocasións, a favor da eficiencia e a transparencia do expediente contractual correspondente¹⁸. Non en van a regulación vixente ata o momento foi excesivamente permisiva, en canto a súa imprecisión permitiu eludir a aplicación de principios comunitarios esenciais a todo procedemento de adxudicación contractual no ámbito do sector público¹⁹. Principios, conveñen subliñalo, que o propio Tribunal de Xustiza da Unión Europea estendeu a todos os contratos públicos, aínda que puideren estar excluídos, nun principio, do ámbito de aplicación das directivas comunitarias, pois non derivan propiamente destas últimas senón que engarzan directamente coas normas fundamentais e as

¹⁵ Apartados 36 e, en especial, 37.

¹⁶ Apartado 72.

¹⁷ Que comprende mal, en opinión de VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., p. 392, calquera modo de adxudicación directa.

¹⁸ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 20, 2017, pp. 24-25 e ss., fala, para estes efectos, do “cerco” ao que se foi sometendo os contratos menores, denunciando a súa ineficiencia e pondo de manifesto o progresivo recoñecemento “oficial” da situación creada en tal sentido. Así mesmo, con maior profundidade, o mesmo autor en “El cerco a los contratos menores”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 194, 2016, pp. 38 e ss.

¹⁹ Sirva aquí a mera enunciación dos problemas formulados, entre outras prácticas, polo fraccionamento artificial do obxecto contractual para os efectos da súa adxudicación como contratos menores, por non falar dos derivados da designación directa do contratista como forma, en moitas ocasións, de beneficiar determinados empresarios ou profesionais en detrimento dos demais e, en consecuencia, da libre competencia e auténtica concorrencia polo negocio contractual. *Vid.*, en tal sentido, sobre o contrato menor, o dereito europeo e a quebra dos principios xerais de contratación pública, VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., pp. 392 e ss., así como a doutrina alí citada.

disposicións que sobre o mercado interior sancionan os Tratados constitutivos das Comunidades Europeas, primeiro, e da Unión Europea, despois²⁰.

Sobresaen para tal efecto, como ben destaca a Comunicación interpretativa da Comisión sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas directivas sobre contratación pública²¹, os principios de libre circulación de mercadorías, o dereito de establecemento, a libre prestación de servizos, a non discriminación e a igualdade de trato, a transparencia, a proporcionalidade e o recoñecemento mutuo. Recordada a Comisión que a xurisprudencia comunitaria “desenvolveu unha serie de criterios básicos para a adxudicación de contratos públicos, que derivan directamente das normas e principios do Tratado CE”, implicando en tal sentido os principios de igualdade de trato e non discriminación por razóns de nacionalidade “unha obriga de transparencia”, entendida e definida polo Tribunal de Xustiza como a obriga de “garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación”²².

A pretensión de limitar o emprego do contrato menor aspira, en suma, a dotar de maior apertura e transparencia á contratación do sector público, obviando a presunción de que por debaixo de certo limiar económico as licitacións non resultan de interese aos operadores económicos doutros Estados membros²³. Non en van, a ausencia absoluta de regras procedementais, a consagración da discrecionalidade ilimitada da entidade pública contratante e a inexistencia de deberes mínimos de publicidade prexudican non só eventuais competidores doutros Estados membros, senón, en particular, a pequena e mediana empresa local que, incapaz de acceder a licitacións máis complexas, podería atopar no ámbito deste tipo de contratos unha forma de incorporarse competitivamente á subministración de bens e á prestación de servizos públicos. Deste xeito, a redución da contratación menor debería redundar na procura da satisfacción de dous dos obxectivos esenciais da reforma efectuada pola LCSP. Dun lado, facilitar o acceso da peme ao mercado da contratación pública. Doutro, loitar contra a corrupción, mal “excesivamente popularizado” no eido da contratación pública²⁴.

²⁰ *Vid.*, por todas, as sentenzas do 7 de decembro de 2000, Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH, C-324/98, considerando 60, e do 3 de decembro de 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-59/00, considerando 20.

²¹ 2006/C 179/02, do 1 de agosto de 2006.

²² *Vid.* sentenzas de 7 de decembro de 2000, Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH, C-324/98, considerando 62; de 21 de xullo de 2005, Consorzio Aziende Metano (Coname) e Comune di Cingia de' Botti, C-231/03, considerandos 16 a 19; e, do 13 de outubro de 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, considerando 49. Refírese, en tal sentido, ás dúbidas suscitadas ao respecto pola lexislación española, entre outras razóns, pola posibilidade de recorrer a procedementos non concurrenciais tales como a contratación menor, AYMERICH CANO, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015, p. 215.

²³ *Vid.* DRAGOS, D.C., “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, cit., pp. 200 e ss.

²⁴ ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, *La Administración al Día*, 19 de febreiro de 2019, p. 1. Dispoñible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/>

Agora ben, como garantir un axeitado equilibrio entre a desexable flexibilidade e a exigencia inaprazable dun maior control?²⁵ Como resolver, en definitiva, a “tensión entre a celeridade do procedemento e o debido respecto ás garantías deste?”²⁶ A aprobación da nova LCSP procurou despexar a incógnita actuando ao mesmo tempo sobre unha dobre fronte. Dun lado, as condicións que permiten acudir á celebración do contrato menor. Doutro, o procedemento e os requirimentos formais que deberán satisfacerse para a súa subscrición. Todo iso inserido no marco da aposta decidida pola racionalización técnica da contratación pública a que aboca o xogo conxunto dos artigos 28, que impón a necesidade de xustificar a necesidade, idoneidade e eficiencia do contrato a celebrar, e 99 da LCSP, relativo ao obxecto contractual, que deberá ser determinado, definíndose en atención ás necesidades ou funcionalidades que se pretendan satisfacer²⁷ e cunha clara preferencia pola súa división en lotes, como regra xeral, co fin de permitir a realización independente de cada unha das súas partes²⁸.

Poucas cuestións motivaron, non obstante, tanta literatura tras a aprobación da LCSP, erixíndose axiña en tema estrela da reforma²⁹. A confusión e as dúbidas suscitadas pola inadecuada redacción do seu artigo 118 converten rapidamente o contrato menor, precisamente pola resistencia de administracións e entidades públicas a abandonalo, nunha cuestión maior, incluso, se se me permite a expresión, nunha peza de caza maior practicamente imposible de abater malia a satisfacción con que se acolleu nun primeiro momento a súa nova regulación. E así, aínda que se destacou a “función residual” da contratación menor tras a reforma de 2017³⁰, facendo fincapé no “camiño de ida e volta” percorrido por este tipo de contratación directa desde a

²⁵ O deputado Vendrell Gardeñes pon certamente o foco de atención neste tipo de contratos cando afirma, no debate de totalidade do proxecto de lei no Congreso dos Deputados, que “en España temos un grave problema, porque a metade dos contratos públicos, segundo a Comisión Europea, teñen un único licitador”. Móstrase crítico co proxecto de lei na medida en que sostén, precisamente en relación co nulo avance que reflicte, na súa opinión, en materia de transparencia en relación co contrato menor, que “onde debería haber flexibilidade, manteñen os longos trámites e carreiras de obstáculos para o propio funcionamento das empresas, e onde debería haber maior control, vostedes imponen flexibilidade”. *Vid. o Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. XII Legislatura*, n. 31, 2017, p. 21.

²⁶ VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., p. 395.

²⁷ Non esquezamos que a definición do obxecto contractual resulta esencial co fin de satisfacer os obxectivos da contratación pública estratéxica que persegue e alenta a LCSP. En tal sentido, a xeito de botón de mostra, CASARES MARCOS, A., “Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución”, García Romero, M.B. e Pardo López, M.M. (dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson Reuters, Madrid, 2018.

²⁸ Invértese así a premisa vixente ao abeiro da lexislación anterior, de forma que agora a división en lotes se converte en habitual, podendo exceptuarse, non obstante, “cando existan motivos válidos, que deberán xustificarse debidamente no expediente, agás nos casos de contratos de concesión de obras”. A este fin considéranse motivos válidos para fundar a non división en lotes o feito de que levase consigo o risco, apreciado por informe previo da autoridade de defensa da competencia correspondente, de restrinxir inxustificadamente a competencia, ou que a realización independente das prestacións “dificultase a correcta execución deste desde o punto de vista técnico”, podendo provir o risco para a correcta execución contractual da natureza do seu obxecto, ao implicar a necesidade de coordinar a execución das diferentes prestacións, cuestión que podería verse imposibilitada pola súa división en lotes e execución por unha pluralidade de contratistas diferentes”. É máis, chegou a formularse a posibilidade, mesmo, de dividir en lotes os contratos menores, opción que, aínda que conta con algúns reparos de natureza máis finalista ou teleolóxica, carece de impedimento legal expreso, como se subliña en *Contratación Administrativa Práctica*, n. 161, 2019.

²⁹ *Vid.* ao respecto, con maior profundidade e detalle, PINTOS SANTIAGO, J. (dir.), *Todo sobre el contrato menor*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2020.

³⁰ MORENO MOLINA, J.A., “Compras de menor cuantía y sistemas dinámicos de adquisición”, *Contratos del Sector Público: escenario 2020*, n. II, do 1 de maio de 2020, p. 2, quen subliña como se mantén a opción de utilizar o contrato menor aínda que en detrimento do procedemento aberto simplificado sumario, coñecido tamén como supersimplificado ou SUSI.

ampliación das súas contías pola Lei de 2007 “na procura da eficacia procedemental” ata a súa restrición pola regulación actual a causa, entre outras cuestións, do abuso constatado durante anos na utilización da figura³¹, pouco a pouco o lexislador foi socavando a súa firmeza inicial ante o emprego do contrato menor.

O debate suscitado polo precepto ante as múltiples incógnitas suscitadas polos claroscuros inherentes ao seu enunciado precipita incontable doutrina científica e administrativa contraditoria entre si en moitos aspectos, motivando, mesmo, a aprobación da que sería a primeira Instrución da Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación (OIRESCON)³². A resistencia do sector público a dar por saldada a contratación menor, alentada, sen dúbida, por esta diversidade de posicións e polo mantemento de moitísimas dúbidas na materia, desembocará finalmente en diversas modificacións dirixidas a flexibilizar a rigidez inicial da LCSP ao respecto.

E así, antes de que se tivese cumprido un mes sequera da entrada en vigor da nova lei, o Real decreto-lei 3/2019, de 8 de febreiro, de medidas urxentes no ámbito da ciencia, a tecnoloxía, a innovación e a universidade, incorpora ao seu enunciado unha nova disposición adicional quincuaxésimo cuarta que, “atendendo á singular natureza da súa actividade”, exceptúa o límite cuantitativo do artigo 118 da LCSP para considerar contratos menores “os contratos de subministración ou de servizos de valor considerado inferior ou igual a 50.000 euros que asinen os axentes públicos do Sistema Español de Ciencia, Tecnoloxía e Innovación, sempre que non vaian destinados a servizos xerais e de infraestrutura do órgano de contratación”³³.

³¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit.

³² A Instrución 1/2019, do 28 de febreiro, sobre contratos menores, regulados na Lei 9/2017, do 8 de novembro, deixa moitas cuestións sen resolver, por exemplo, o problema daquelas administracións e entidades públicas de reducido tamaño con gastos mínimos periódicos, formulando, pola súa vez, unha importante controversia doutrinal respecto da súa forza vinculante. Así, GIMENO FELIÚ, J.M. e MORENO MOLINA, J.A. “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019 (Dispoñible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como>) ou BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Felú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, Madrid, 2018, p. 705, defenderán o seu carácter vinculante e alcance xeral a todo poder adxudicador do sector público estatal, autonómico e local, fronte a outros autores como Díez SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019 (Dispoñible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/>) ou JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Las instrucciones de la oficina ‘independiente’ de regulación y supervisión de la contratación”, *Hay Derecho*, 7 de marzo de 2019 (Dispoñible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/07/las-instrucciones-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion/>), que cinguirán, en cambio, a súa obrigatoriedade exclusivamente ao sector público estatal, sentido en que se pronuncian, así mesmo, a Circular 1/2019, do 4 de xuño, da Dirección Xeral de Contratación, Patrimonio e Organización do Goberno de Aragón, e o Informe 2/2019, do 13 de xuño, da Xunta Superior de Contratación Administrativa da Generalitat Valenciana. Trátase dun extremo debatido fundamentalmente a causa de que incorpora, de acordo co principio de competencia, como medida antifraude e de loita contra a corrupción, o deber do órgano de contratación de solicitar, polo menos, tres orzamentos, debendo quedar suficientemente acreditado este feito no expediente. En todo caso, para BERROCAL HERNÁNDEZ, A. e FERNÁNDEZ MONTERO, P., “La Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre el contrato menor: Lectura [muy] crítica”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 11, 2019, p. 9, non cabe dúbida de que “terá que ser o lexislador e non o seu intérprete o que cambie esa literalidade tan clara para eliminar a posibilidade (sen facer fraccionamento fraudulento, que é o prohibido) de adxudicar os contratos menores de xeito directo a un único empresario e cambiala por unha imposición (agora é unha opción) de pedir 3 ou máis ofertas/orzamentos”. Conclusión que comparte, así mesmo, ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública”, cit., p. 12, para quen “ao non vir o dito requisito recollido na LCSP, no caso de que non se solicitasen non invalidaría nin poría en cuestión a legalidade do contrato menor”.

³³ Enténdense comprendidos entre os axentes públicos do Sistema Español de Ciencia, Tecnoloxía e Innovación os regulados pola Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación. En todo caso, o decreto-lei exige, ademais, que a

Agora ben, será o Real decreto–lei 3/2020, do 4 de febreiro, o que impida de forma definitiva que a crónica anunciada en relación co contrato menor polo artigo 118 da versión orixinal da LCSP desemboque finalmente na súa morte, xa que eliminará de forma definitiva a exigencia de xustificar con carácter xeral no expediente “que o contratista non subscribiu máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen a cifra que consta no apartado primeiro deste artigo”, isto é, 40.000 euros cando se trate de contratos de obras ou 15.000 cando sexan de subministración ou de servizos, recaendo sobre o órgano de contratación a comprobación do “cumprimento da dita regra”³⁴.

En suma, a resistencia numantina despregada polo contrato menor, cualificado explicitamente de “contrato diabólico”³⁵, mostrouse capaz de erosionar as reiteradas chamadas do lexislador de 2017 á racionalización técnica da contratación, aspiración secundada doutrinalmente, pero minorada en boa medida, cando non directamente obviada, a resultas das sucesivas interpretacións e modificacións experimentadas polo enunciado do artigo 118 da LCSP.

2 Condicións *sine qua non* para a válida celebración dun contrato menor

A LCSP mellora a localización sistemática do contrato menor respecto á lexislación inmediatamente precedente. A diferenza do Texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro (en diante, TRLCSP), que sitúa a súa regulación no apartado terceiro do artigo 138, relativo ao procedemento de adxudicación³⁶, a LCSP dedica agora ao contrato menor un precepto completo, concretamente, o seu artigo 118, situado no capítulo I do título I do seu libro segundo³⁷. A contratación menor acomódase así entre as disposicións xerais aplicables aos contratos das administracións públicas, especificamente entre as reguladoras da preparación contractual.

tramitación destes expedientes incorpore “informe do órgano de contratación que xustifique de xeito motivado a necesidade do contrato e que non se está a alterar o seu obxecto co fin de evitar a aplicación dos limiares aplicables a estes”, sen precisar a súa emisión, non obstante, “naqueles contratos cuxo pagamento se verifique a través do sistema de anticipos de caixa fixa ou outro similar para realizar pagamentos menores, sempre e cando o valor estimado do contrato non exceda os 5.000 euros”. Pouco despois a Lei 6/2018, do 3 de xullo, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2018, ratificará a incorporación con vixencia indefinida desta disposición adicional na LCSP, aínda que eliminando calquera referencia á emisión de informe preceptivo nestes contratos menores.

³⁴ Conforme a redacción orixinal do artigo 118.3 da LCSP, tan só quedaban excluídos deste límite os supostos do artigo 168 a) 2º da lei.

³⁵ BATET, M.P., “El retorno de Chucki”, *La parte contratante*, 7 de marzo de 2019. Dispoñible en: <https://lapartecontratante.blog/2019/03/07/el-retorno-de-chucki-por-m-p-batet/>.

³⁶ VILLANUEVA COVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, *Gabílex*, n. extraordinario, vol. I, 2019, p. 28, destaca como neste artigo 138 “a definición dos contratos menores parecía algo accesoria ao principal que era determinar como se adxudicaban”.

³⁷ Sobre a diversa redacción do precepto no proxecto de lei aprobado polo Goberno, que tivo entrada no Congreso dos Deputados o 25 de novembro de 2016, e no texto definitivamente aprobado, así como as diversas emendas habidas en relación co artigo 118 durante a súa tramitación, *vid.* LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. e ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 3, 2018, pp. 1 e ss.

Conforme o seu apartado primeiro, “considéranse contratos menores os contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros, cando se trate de contratos de subministración ou de servizos, sen prexuízo do disposto no artigo 229 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizados no ámbito estatal”. Rotulado “expediente de contratación en contratos menores”, o artigo 118 non esgota, non obstante, a regulación aplicable ao contrato menor dada as múltiples referencias á cuestión que salpican o texto da LCSP³⁸, aínda que aborda no seu apartado primeiro o concepto ou caracterización do contrato menor para debullar nos seguintes as limitacións e requirimentos esenciais que debe cumprir a súa tramitación³⁹.

Trátase, en todo caso, como se subliñou *supra*, dun precepto confuso, pouco claro no seu enunciado, que xera múltiples dúbidas interpretativas desde un primeiro momento ante a súa falta de claridade, obrigando a que por vía interpretativa deba abordarse e acoutarse o alcance exacto das súas prescricións⁴⁰. Resulta de grande interese a reflexión desenvolvida ao respecto, a prol da seguridade xurídica, polo Informe 3/2018, do 13 de febreiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón:

«Aínda que a dogmática xurídica moderna se basea en gran medida na autonomía da *voluntas legis* respecto á *voluntas legislatoris*, en función de elementos como a interpretación sistemática ou “contexto” ou “a realidade social do tempo en que deben ser aplicadas”, como se establece no artigo 3.1 do Código civil, neste caso a proximidade da aprobación obriga a ter especialmente en conta a vontade do lexislador, o “espírito e finalidade” que se pretendeu dar á norma, tal como se desprende dos traballos parlamentarios, dado o protagonismo inhabitual que a tramitación parlamentaria tivo na configuración da nova lei. Por outra parte, esa importancia que tivo na configuración da LCSP a tramitación parlamentaria comporta dificultades adicionais para aplicar interpretacións sistemáticas ou para confiar excesivamente na exposición de motivos, que están máis próximas ás liñas e previsións a que respondía o proxecto de lei aprobado polo Goberno».

³⁸ Móstrase especialmente crítico con iso VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, cit., p. 28. En efecto, son numerosos os preceptos da Lei de 2017 que se refiren ao contrato menor. Así, entre os máis relevantes, os artigos 29.8 (duración e prórroga), 36.1 (excepción de perfección contractual), 131.3 (capacidade de obrar e habilitación profesional necesaria de adxudicatario), 131.4 (prestacións de asistencia sanitaria en casos de urxencia de valor estimado inferior a 30.000 euros), 153.2 (formalización), 63.4 e 154.5 (publicación), 308.2 (interdicción para contratación de persoal), 310 (actividades docentes contratadas con persoas físicas), 318 a) (celebración por poderes adxudicadores que non teñan a condición de administracións públicas), 321.2 a) (contratos menores por entidades do sector público que non sexan poderes adxudicadores), 335.1 (remisión ao Tribunal de Contas), 346.3 (inscrición en Rexistro de Contratos do Sector Público), disposición adicional novena (contratación do acceso a bases de datos e subscrición a publicacións), disposición adicional quincuaxésimo cuarta (contratos menores celebrados polos axentes públicos do Sistema Español de Ciencia, Tecnoloxía e Innovación) e disposición derradeira primeira (consideración de mínimas das exixencias que se establecen para os contratos menores no artigo 118.1).

³⁹ Exixencias que supoñen que o contrato menor “adquire natureza residual” na LCSP, como ben conclúe CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, cit., p. 62.

⁴⁰ *Vid.* PLEITE GUADAMILLAS, F., “Un contrato no tan menor”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2018. Así mesmo, afonda nas diferentes interpretacións da regulación legal polas Xuntas Consultivas, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, 2018.

2.1 Restrición do seu obxecto

Chama a atención, en primeiro lugar, a redución sancionada pola LCSP en relación cos tipos de contratos que poderán alcanzar a consideración de menores. Non en van, fronte ao anterior artigo 138.3 do TRLCSP, que sancionaba os límites cuantitativos para considerar menor un contrato de obras ou, se é o caso, “outros contratos”, o agora vixente artigo 118.1 circunscribe o contrato menor, en exclusiva, ao ámbito dos contratos de obras, de subministración ou de servizos.

É máis, o texto aprobado polo relatorio encargado de redactar o informe sobre o proxecto de lei na Comisión de Facenda e Función Pública do Congreso dos Deputados non aceptou a emenda número 579 do Grupo Parlamentario Socialista dirixida, precisamente, a incluír de forma expresa os contratos de concesión de servizos no enunciado do artigo 118. En consecuencia, a enumeración taxada dos tipos contractuais que poderán ser obxecto de contrato menor permanece invariable desde a presentación inicial do proxecto de lei no Congreso, ata a culminación da súa tramitación parlamentaria e a aprobación definitiva da lei⁴¹.

Non só iso, alcanza de xeito expreso o contrato menor de servizos a prohibición enunciada polo artigo 308.2 da LCSP, de forma que en ningún caso poderá instrumentar a contratación de persoal, sen que á súa extinción se poida producir, en ningún caso, a consolidación como persoal da entidade contratante das persoas que realizasen os traballos obxecto do acordo contractual⁴². Isto é, non poderán empregarse como vía para paliar as consecuencias derivadas da conxelación durante varios exercicios orzamentarios da oferta pública de emprego e da vixencia prolongada de taxas de reposición que constrinxiron e pautaron de forma estrita a chegada de novo persoal ás administracións públicas.

2.2 Limitación por contía

Agora ben, xunto a esta primeira limitación obxectiva debe sinalarse, en segundo lugar, o endurecemento que representa para a celebración de contratos menores a minoración operada pola LCSP das contías que actúan como límite ao seu importe. Fronte á consideración anterior como contratos menores dos de obras de importe inferior a 50.000 euros, 18.000 no caso doutros “contratos”, a nova LCSP rebaixa estes limiares a 40.000 euros cando se trate de obras, 15.000 no caso de subministracións ou de servizos. Fronte á ambigüidade do termo “importe” empregado polo TRLCSP ata entón vixente, a LCSP de 2017 refírese agora de forma expresa ao “valor

⁴¹ Refírese, en concreto, ao debate substanciado desde a introdución en 2007 do retrouso “outros contratos” na definición legal do contrato menor e, en particular, á doutrina ditada nas diversas Xuntas de Contratación do sector público en relación, en particular, coa imposibilidade de contratos patrimoniais ou administrativos especiais menores, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit.

⁴² Para tal fin, dispón o precepto citado *in fine* que “os empregados ou responsables da Administración deben absterse de realizar actos que impliquen o exercicio de facultades que, como parte da relación xurídico-laboral, lles corresponden á empresa contratista”.

estimado” contractual, que será o tomado en consideración para o cotexo e aplicación desta limitación por contía⁴³.

O teor literal da nova lei despexa calquera incógnita ao respecto, xa que remite á pormenorizada determinación do valor estimado dos contratos que regula o seu artigo 101. Malia a extensión do precepto, dúas precisións chaman especialmente a atención desde a perspectiva da contratación menor. Por unha banda, o deber do órgano de contratación de tomar no caso dos contratos de obras, subministracións e servizos, o importe total “pagadoiro segundo as súas estimacións”, sen incluír o imposto sobre o valor engadido⁴⁴. Por outra, a interdición de elixir un método de cálculo para este valor estimado “coa intención de subtraer o contrato á aplicación das normas de adxudicación que correspondan”, previsión que enlaza dalgún modo coa propia exigencia polo artigo 118.2 de que o órgano de contratación informe motivadamente que non se alterou o obxecto do contrato menor “co fin de evitar a aplicación dos limiares descritos no apartado anterior”.

A minoración dos límites cuantitativos para considerar un contrato menor na LCSP representa, en calquera caso, unha novidade importante, capital mesmo nun primeiro momento⁴⁵. Non tanto polo recorte operado, que tamén, senón polo feito de que actuaban, ademais, como tope máximo anual do importe a adxudicar vía contratación menor a un mesmo adxudicatario. Así se desprendía, en particular, da redacción orixinal do artigo 118.3 da LCSP, no que se exixía xustificar no expediente do contrato “que o contratista non subscribiu máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen a cifra que consta no apartado primeiro deste artigo”, recaendo sobre o órgano de contratación o deber de comprobar o cumprimento desta regra.

⁴³ Inciden niso MORENO IBÁÑEZ, I., “Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, 2018, p. 2, para quen “é de agradecer a precisión”, e ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 2.

⁴⁴ Cuestión que tivera que resolver ao abeiro da lexislación anterior o Informe da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado 26/08, do 2 de decembro de 2008, rotulado precisamente “Determinación de en que supostos se debe considerar que cando a Lei de contratos do sector público fala de prezo, importe, valor estimado ou calquera dos distintos conceptos similares que utiliza para aludir ao aspecto cuantitativo dos contratos, inclúe a cota polo imposto sobre o valor engadido e en que supostos non”. Destaca, neste mesmo sentido, o Ditame 1/2008, do 20 de maio, da Xunta Superior de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Valencia. Desde unha perspectiva máis ampla pronúnciase, nesta mesma liña, a Avogacía Xeral do Estado no seu Ditame 8/08, do 28 de xullo, sobre inclusión ou non do IVE no cálculo da garantía provisional prevista no artigo 91 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público.

⁴⁵ Que foi obxecto, non obstante, de crítica por parte de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., quen avoga por recuperar a modulación tradicionalmente vixente no ámbito da Administración local española pola que se axustaba o volume da contratación menor en cada entidade en función dos seus recursos ordinarios. En idéntico sentido, RIERA LÓPEZ, M., “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, *Auditoría Pública*, n. 61, 2013, p. 67. Así o dispuña, en todo caso, o artigo 88.3 da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases de réxime local, ata a súa derogación pola Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, cuxo teor literal establecía: “Por razón da contía, a contratación directa só poderá acordarse nos contratos de obras, servizos e subministracións cando non excedan o 10 por 100 dos recursos ordinarios do orzamento. En ningún caso poderá superarse o límite establecido para a contratación directa nas normas básicas aplicables a todas as administracións públicas”. Aínda que a porcentaxe estaba fixada nun comezo nun 5 por 100, foi elevada posteriormente ata o 10 polo Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño. Resultan do máximo interese para iso as reflexións máis amplas de BERROCAL HERNÁNDEZ, A. e FERNÁNDEZ MONTERO, P., “La Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre el contrato menor: Lectura (muy) crítica”, cit., pp. 12 e ss., sobre a xestión diaria e dificultades das infra, pequenas e medianas entidades locais tendo en conta da complexidade a que chegou a contratación pública.

Desta forma, tras a entrada en vigor da Lei de 2017, os limiares citados operaban como límite nun dobre sentido: por unha parte, o contrato menor individualmente considerado non podía superar a cantidade correspondente en función da tipoloxía do obxecto contractual de que se trate, 40.000 ou 15.000 euros; por outra, non se podían adxudicar a un mesmo contratista nunha soa anualidade contratos menores que illada ou conxuntamente chegasen a exceder estas cantidades⁴⁶. Tan só se excluían desta última e innovadora regra os supostos a que se aplica o procedemento negociado sen publicidade encadrados no artigo 168 a) 2º da lei, aqueles subscritos, en definitiva, por motivos de exclusividade, xa que unicamente poden ser encomendados a un empresario determinado na medida en que “o contrato teña por obxecto a creación ou adquisición dunha obra de arte ou representación artística única non integrante do Patrimonio Histórico Español; que non exista competencia por razóns técnicas; ou que proceda a protección de dereitos exclusivos, incluídos os dereitos de propiedade intelectual e industrial”⁴⁷.

Certo é, non obstante, que a escasa claridade do artigo 118 da LCSP resultaba especialmente palpable en relación con este terceiro apartado, actualmente derogado, que abría diversas interrogantes entre as que cabería sinalar, en especial, as seguintes: a que cifra remitía o apartado terceiro do precepto tendo en conta que o artigo 118.1 cita dúas cifras diversas?⁴⁸ Os límites por adxudicatario resultaban aplicables en función do tipo ou categoría do contrato menor –obras, subministración, servizos– ou, de forma máis concreta, do propio obxecto contractual definido para cada suposto particular? Que lapso temporal debía abranguer a limitación por adxudicatario?⁴⁹ Debían tomarse

⁴⁶ Importes que, debe tomarse en consideración, poden ser rebaxados, en todo caso, no ámbito autonómico e local, como así aconteceu con anterioridade á aprobación da nova LCSP. Cabe citar, a título de exemplo, diversas normas autonómicas que reducion o limiar anteriormente vixente para o contrato menor ou que estableceron requisitos e trámites procedementais adicionais aos previstos, nun primeiro momento, polo TRLCSP, actual LCSP, en función do importe do contrato menor correspondente. *Vid.*, en tal sentido, os artigos 4.2 e 12.1 da Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón; o artigo 19.4 da Lei 4/2011, do 31 de marzo, de boa administración e goberno de Illes Balears; o actualmente derogado artigo 73 da Lei foral 6/2006, do 9 de xuño, de contratos públicos de Navarra, tras a súa modificación pola Lei foral 14/2014, do 18 de xuño; ou a segunda directriz vinculante para os órganos de contratación da Administración Xeral e Institucional da Comunidade de Castela e León en materia de contratación administrativa das aprobadas polo Acordo 147/2015, do 23 de decembro, da Junta de Castela e León. Ben é certo que resulta sorprendente a marcha atrás dada para tal efecto polo lexislador galego, que, tras sancionar a necesidade de invitar, polo menos, tres empresas capacitadas para a realización do obxecto do contrato menor de obras de importe superior a 25.000 euros ou dos restantes contratos menores de importe superior a 9.000 euros, no enunciado orixinal do artigo 23.1 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico de Galicia, perde, sorprendentemente, calquera referencia expresa a estes trámites tras a reforma operada no enunciado do precepto pola Lei 4/2016, do 4 de abril, de asistencia xurídica de Galicia.

⁴⁷ Aínda así, nos dous últimos supostos a LCSP cóidase de sinalar que “a non existencia de competencia por razóns técnicas e a protección de dereitos exclusivos, incluídos os dereitos de propiedade intelectual e industrial só se aplicarán cando non exista unha alternativa ou substituto razoable e cando a ausencia de competencia non sexa consecuencia dunha configuración restritiva dos requisitos e criterios para adxudicar o contrato”.

⁴⁸ Propón DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, *Gabilet*, n. 12, 2017, pp. 27 e ss., tres posibles escenarios ao respecto, xa que cabería considerar a cifra do 118.3 como a máis alta do punto primeiro do artigo (40.000 euros en total), como asociada ao tipo de contrato (de forma que un mesmo adxudicatario podería acumular en contratos menores ata 40.000 euros en realización de obras, 15.000 euros en subministracións e outros 15.000 euros en servizos, 70.000 euros en total) ou como importe inferior a 40.000 euros para obras e a 15.000 euros para o importe acumulado de subministracións e servizos (55.000 euros en total).

⁴⁹ Aínda que a LCSP non cita período ningún no seu artigo 118.3, o debate centrouse en se debía tomarse como referencia o exercicio orzamentario ou o ano inmediatamente anterior á adxudicación do contrato menor. Entende DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos

en consideración para determinar se se respectan estes limiares os contratos menores cuxo pagamento se realizaba mediante anticipos de caixa fixa ou sistema similar?⁵⁰ Os informes requiridos para a tramitación do expediente contractual podían derivar, sen máis, dos servizos técnico-xurídicos do órgano de contratación ou tan só debían proceder en exclusiva deste último posto que se lle impoñía o deber de comprobar e garantir o cumprimento daquel extremo?⁵¹ Os límites referidos debían operar por poder adxudicador ou por cada un dos seus órganos de contratación en caso de contar con varios?; é máis, podían verse afectados polo emprego de mecanismos de delegación e/ou, se é o caso, de desconcentración?⁵²

É precisamente esta limitación por adxudicatario a que se convertería en principal cabalo de batalla da nova regulación do contrato menor, non tanto, en cambio, os maiores requisitos formais asociados á súa tramitación ou a substancial minoración da súa contía. E así, fíxose fincapé en como a maior oposición á nova regulación restritiva da LCSP respecto da contratación menor veu, curiosamente, do mundo universitario, dos centros de investigación e dos pequenos e medianos poderes adxudicadores⁵³, provocando “numerosos artigos doutrinais e especialmente diversos e en parte contraditorios pronunciamentos dos órganos consultivos”, desembocando, mesmo, nunha “campaña de recollida de sinaturas para modificar a lei co argumento de que a nova lei remataría coa investigación no noso país, como se nos países máis

menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, cit., p. 29, que ante o silencio do lexislador non cabe considerar ningunha opción errónea, malia que o primeiro “parece lóxico”, sendo en todo caso imprescindible que se siga o mesmo criterio para todos os contratos menores dun mesmo órgano de contratación. E así, o Informe da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado 42/2017, do 2 de marzo de 2018, se remite á incorporación da factura no expediente como momento de inicio do cómputo, fronte ao Informe 3/2018, do 13 de febreiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón que considera aplicable o criterio do exercicio ou anualidade orzamentaria a que se imputen os créditos que financiaran a execución do contrato menor adxudicado. Para o Informe 1/2018, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Catalunya, “ambos os dous sistemas considéranse axeitados e válidos, non sendo a lei a que o concreta e tendo os dous argumentos que os avalan”, polo que entende que a cuestión relativa ao ámbito temporal da limitación “é, posiblemente, o exemplo máis claro da deficiencia lexislativa deste precepto, pola ausencia dunha previsión totalmente necesaria que hai que cubrir por vía interpretativa, dada a desproporción que suporía entender, de acordo co literal da LCSP, que a prohibición de subscribir un determinado volume de contratos menores cunha mesma empresa se establece sen límite ou anotación no tempo”. A iso debe sumarse, polo demais, a incidencia, no seu momento, da entrada en vigor da LCSP e o posible cómputo ou non doutros contratos menores subscritos durante o período anterior á súa vixencia. Pronúnciase ao respecto a Recomendación 1/2018, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.

⁵⁰ Entende DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, cit., p. 29, que deben computar para os efectos de volume de contratación dado que son contratos menores e a LCSP non os exceptúa no artigo 118.3 ao órgano de contratación como “órgano de contratación con perfil propio”, é dicir, como poder adxudicador. LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. e ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, cit., p. 10, recordan, pola súa banda, que “ninguén pode dar máis do que ten, como no milagre dos pans e os peixes”, polo que “o límite afecta ao órgano de contratación”, con independencia de como opere”.

⁵¹ Vid. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, cit., pp. 5 e ss.

⁵² MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., p. 7, apela ao “espírito da lei” para interpretar a referencia anterior do artigo 118.3 ao órgano de contratación como “órgano de contratación con perfil propio”, é dicir, como poder adxudicador. LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. e ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, cit., p. 10, recordan, pola súa banda, que “ninguén pode dar máis do que ten, como no milagre dos pans e os peixes”, polo que “o límite afecta ao órgano de contratación”, con independencia de como opere”.

⁵³ Vid., neste sentido, sobre a limitación en relación con servizos xerais e infraestruturas do organismo de investigación, o Informe 25/2018, do 15 de novembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón.

avanzados que o noso nesta materia existisen contratos menores que a facilitasen”⁵⁴. A preocupación e o debate ao respecto saldárase, finalmente, coa modificación da LCSP polo Real decreto-lei 3/2019, do 8 de febreiro, de medidas urxentes no ámbito da ciencia, a tecnoloxía, a innovación e a universidade, para incorporar ao seu enunciado unha nova disposición adicional quincuaxésimo cuarta que, no sentido indicado *supra*, flexibilizara a regulación da contratación menor co fin de facilitala neste eido.

Agora ben, a polémica formulouse en termos máis amplos, non só desde a perspectiva concreta da entidade adxudicadora, senón tamén desde a propia posición dos interesados en licitar e acadar a condición de adxudicatario do contrato menor. A controversia levou así a cuestionar a propia xustificación da limitación imposta aos contratistas, por considerala “arbitraria” e mesmo “contraria aos principios que rexen a contratación pública”, xa que vulneraría a igualdade entre empresas en función do procedemento de adxudicación empregado, prexudicando especialmente as pequenas empresas ao “limitarse a súa concorrencia” respecto dos contratos menores⁵⁵.

Ao proscribir a subscripción durante unha mesma anualidade de contratos menores cun adxudicatario por un importe que superase en total a cifra límite fixada para o contrato menor de que se trate polo artigo 118 da LCSP, pretendíase evitar, en definitiva, o fraccionamento contractual pola vía de feito; isto é, por medio da presentación de facturas diversas que, aínda que de forma illada non superasen o limiar da contratación menor, supuxesen na práctica, non obstante, a acumulación no prazo dunha anualidade dun importe en concepto de prezo contractual superior ao citado límite por parte dun mesmo contratista adxudicatario⁵⁶. Axiña se puxo de relevo, non obstante, como a pretendida salvagarda “exixiría levar un exhaustivo control de facturas e contratos, o que, ademais de ser contraditorio co espírito simplista dos contratos de pouca entidade, sería de moi difícil xestión para unha pequena entidade local”⁵⁷.

⁵⁴ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, cit., p. 4, para quen “detrás destas queixas non se pode ocultar que hai moito de resistencia ao cambio e de falta de planificación para corrixir situacións que xa eran irregulares, como o recurso sistemático á contratación menor para cubrir necesidades permanentes”. En todo caso, para GONZÁLEZ, J., “Nuevo cambio en la LCSP: los contratos menores para la ciencia”, *Global Politics and Law*, 12 de febreiro de 2019, é, así mesmo, “unha manifestación das dificultades de adaptación que está a ter o sistema público de ciencia ao novo réxime legal, entre outras cousas pola escaseza de persoal; sobre todo no ámbito do persoal de Administración e servizos” (Dispoñible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2019/02/11/nuevo-cambio-en-la-lcsp-los-contratos-menores-para-la-ciencia/>).

⁵⁵ Para PLEITE GUADAMILLAS, F., “Un contrato no tan menor”, cit., p. 3, é “evidente o prexuízo económico que se lles causa ás pequenas empresas”, aínda que “tamén os entes locais con pequenos orzamentos en poboacións, xeralmente, con escasa oferta de contratistas se verán abocados á inutilidade deste procedemento e atopar dificultades para contratar determinadas subministracións, servizos ou obras que se vería encarecida ao reducirse a oferta”.

⁵⁶ O artigo 118.3 da LCSP debe pórse, en todo caso, en conexión coa nova configuración legal da tramitación contractual por lotes. Non en van, o artigo 99.3 da LCSP inverte a regra xeral do anterior artigo 86.3 do TRLCSP ao exixir agora “a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes, sempre que a natureza ou o obxecto do contrato o permitan”, de forma que deberá “xustificarse debidamente no expediente”, salvo no caso de contratos de concesión de obras, a decisión do órgano de contratación de non dividir en lotes o obxecto do contrato, opción que tan só resulta posible “cando existan motivos válidos”. Sobre a prohibición legal de fraccionar o obxecto do contrato coa finalidade de diminuír a súa contía e eludir así os requisitos de publicidade ou os relativos ao procedemento de adxudicación que correspondan, *vid.*, por todos, o Informe da Xunta Consultiva de Contratación 69/08, do 31 de marzo de 2009, para o que “non ten que considerarse vetado pola lei o fraccionamento do obxecto do contrato en todos aqueles casos en que non orixine alteración das normas relativas aos procedementos de adxudicación que deben aplicarse nin ás normas de publicidade”.

⁵⁷ ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 3. *Id.*, así mesmo, en idéntico sentido, VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 159, 2019.

As dúbidas interpretativas que xeraba a literalidade do artigo 118.3 motivaron, mesmo, que antes da entrada en vigor da norma xa se tivesen emitido informes ao respecto polas Xuntas Consultivas de Contratación de Aragón⁵⁸ e do Estado⁵⁹, aos que seguiron pouco tempo despois outros procedentes de Madrid⁶⁰, País Vasco⁶¹, Cataluña⁶² ou Galicia⁶³. Cabe constatar a resultas destes a fractura entre os que, seguindo a posición da Xunta Consultiva estatal, mantiñan que unha interpretación literal do artigo 118.3 da LCSP levaría consigo unha restrición exaxerada do principio de competencia, entendendo que un mesmo contratista podería exceder os limiares económicos fixados polo precepto sempre que os obxectos dos distintos contratos menores subscritos fosen cualitativamente diferentes ou cando, sendo equivalentes, non houbera dúbida de que non constituían unidade de execución no económico e xurídico; e os que, adoptando, en cambio, a posición liderada pola aragonesa, defendían que a letra da lei non era escura nin ofrecía dúbidas interpretativas respecto diso, sen que puidesen adxudicarse contratos menores dun mesmo tipo contractual que excedesen, na súa totalidade, do importe establecido como límite fose cal fose o seu obxecto. Esta posición sostiña, ademais, que, ao impedir a concentración de contratos menores nun terceiro ou nuns poucos empresarios, favorecíase, en realidade, tanto a concorrència como o acceso efectivo das pemes á contratación do sector público, sen que o terceiro afectado, se é o caso, pola limitación en cuestión vise realmente restrinxida a súa posibilidade de seguir contratando coa Administración pública mediante o resto de procedementos previstos para o efecto pola LCSP, máis respectuosos que a contratación menor cos principios de publicidade, transparencia e igualdade de trato entre licitadores.

Á marxe dos claroscuros e das interrogantes formuladas polo precepto, practicamente irresolubles á vista das posicións diverxentes mantidas ao respecto doutrinal e administrativamente⁶⁴, resulta indubidable que coa incorporación deste límite o legislador, sen afirmalo de forma expresa⁶⁵, defendía de xeito moi claro o emprego do contrato menor para necesidades extraordinarias deixando fóra do seu ámbito de aplicación aquelas obras e, sobre todo, servizos e subministracións ordinarias que son, na práctica, previsibles e absolutamente predicibles no normal funcionamento

⁵⁸ Informe 3/2018, do 13 de febreiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón.

⁵⁹ Informes da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado 41 e 42/2017, do 2 de marzo de 2018, así como 5/2018, do 2 de marzo.

⁶⁰ Informe 1/2018, do 11 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid.

⁶¹ Recomendación 1/2018, do 11 de abril, da Xunta Asesora de Contratación Pública do País Vasco.

⁶² Informe 1/2018, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Catalunya.

⁶³ Informe 1/2018, do 25 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

⁶⁴ Non en van, o Informe Anual de Supervisión da Contratación Pública de España da Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación (OIRESCON), de decembro de 2019, subliña como dos 136 informes emitidos a resultas de consultas vinculadas á LCSP durante o período comprendido entre marzo de 2018 e marzo de 2019, 31 se centran no contrato menor, versando 15 deles, pola súa vez, sobre a interpretación do artigo 118.3 da LCSP.

⁶⁵ A LCSP “quedou curta”, en opinión de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit. p. 2, ao non impor, precisamente, de forma taxativa a utilización excepcional da figura só para necesidades puntuais e esporádicas.

dunha Administración pública⁶⁶, que deberían levarse agora, en cambio, á tramitación contractual ordinaria⁶⁷. Non obstante, os incansables embates ao límite cuantitativo por adjudicatario levarán finalmente a certificar a súa defunción a partir do 6 de febreiro de 2020, data en que entra en vigor a nova redacción que outorga ao artigo 118 da LCSP o Real decreto-lei 3/2020, do 4 de febreiro⁶⁸. Malia ser certo que o enunciado do artigo 118.3 se atopaba afectado de graves deficiencias de técnica lexislativa e que o decreto-lei “pon fin a un periplo interpretativo levado a cabo por distintas xuntas consultivas de contratación que non facía senón xerar máis controversia na aplicación do citado precepto”⁶⁹, non o é menos que tería resultado desexable e infinitamente máis axeitada a súa reforma co fin de concretar e aclarar aqueles aspectos que xeraban dúbidas e interrogantes en lugar de optar pola súa supresión definitiva e un tanto abrupta⁷⁰. Curiosamente, as dúas emendas presentadas ao respecto en relación co proxecto de lei de medidas urxentes polas que se incorporan ao ordenamento xurídico español diversas directivas da Unión Europea no ámbito da contratación pública en determinados sectores (de seguros privados, de plans e fondos de pensións, do ámbito tributario e de litixios fiscais) propoñen recuperar a exixencia, aínda que flexibilizándoa respecto á súa interpretación máis estrita e restritiva. E así, o Grupo Parlamentario Popular avoga por que no expediente se xustifique “que o contratista non subscribiu máis contratos menores cun mesmo código CPV que individual ou conxuntamente superen a cifra que consta no apartado primeiro deste artigo”; fronte ao Grupo Parlamentario Cidadáns, que se limita a facer constar, en cambio, que “só se poderán celebrar varios contratos menores co mesmo contratista se as prestacións

Regap



ESTUDIOS

⁶⁶ En idéntico sentido, por todos, LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. e ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, cit., para quen o reto e cambio de paradigma formulado polo novo marco legal “moi probablemente podería ter unha doada solución se os contratos de tracto sucesivo deixasen de tramitarse como contratos menores utilizando para iso os procedementos legalmente establecidos para a súa adjudicación”, ata o punto de que non descartan que “de xeito indirecto ou difuso sexa esa unha das causas ou razóns do lexislador” para a reforma.

⁶⁷ *Vid.*, en tal sentido, o Informe da Xunta Consultiva de Contratación 4/2010, do 29 de outubro, en que se sostén que “en principio e con carácter xeral, poderíase considerar que un contrato menor é contrario a dereito se o órgano de contratación, no momento de iniciar a tramitación deste contrato, ten coñecemento certo –ou podería telo, se se aplicasen os principios de programación e boa xestión– da necesidade de contratar unha prestación determinada de carácter ou natureza unitarios, perfectamente definida, cuxas características esenciais non poidan variar de xeito substancial, que ten que levarse a cabo necesariamente ano tras ano e que responde a unha necesidade continuada no tempo e, aínda así, tramitase diferentes contratos menores e eludise as normas máis exixentes de publicidade e procedemento”.

⁶⁸ Así o refire CAMPOS, C., no seu blog *masqleyes: hablando de leyes que no hacen milagros*, 5 de febreiro de 2020, para quen “sen dúbidas e sen paliativos o contrato menor foi a grande estrela da Lei de contratos”, concentrando un único artigo, o 118, “toda a atención, de académicos, operadores, xestores, contratistas, contratantes, sociedade, medios e calquera outro suxeito que poidamos imaxinar” (Dispoñible en: <http://concepcioncampos.org/cronica-de-una-muerte-anunciada-la-racionalizacion-del-contrato-menor/>).

⁶⁹ Así o destaca ORQUÍN SERRANO, J., “Adiós a los límites de la contratación menor”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, abril 2020, pp. 141 e ss.; e, do mesmo autor, “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, cit.

⁷⁰ Nesta mesma liña o Observatorio de Contratación Pública, “El contrato menor ‘vuelve’ a los orígenes”, 5 de febreiro de 2020, ao dar noticia da reforma efectuada mantén que “nun contexto onde OIRESCON, no seu primeiro Informe anual de Supervisión de decembro de 2019 ou Fundación Civio advertiron do mal uso deste procedemento e o seu carácter intensivo, a nova regulación abre aínda máis a porta a máis espazos de impunidad e adjudicación directa e non parece aliñarse co obxectivo de rexeneración democrática” (Dispoñible en: <http://www.obcp.es/noticias/el-contrato-menor-vuelve-los-origenes>).

dos contratos son totalmente diferentes, aínda que sexan do mesmo tipo coa limitación temporal referida ao exercicio orzamentario ao que remite o artigo 28 de lei⁷¹.

2.3 Duración

En fin, o contrato menor conta tamén cunha importante limitación temporal, xa que non poderá ter unha duración superior a un ano, de acordo co disposto polo artigo 29.8 da LCSP. Quedan, así mesmo, excluídos de posible prórroga. Pola súa escasa contía, inferior aos limiares determinados para o efecto polo artigo 118 da lei, están chamados a executarse de forma inminente, practicamente instantánea, nun lapso curto de tempo, simplificándose, en consecuencia, a tramitación do seu expediente de contratación e excluíndose a posibilidade de prorrogar no tempo a súa duración. Para tal efecto, o límite temporal permanece inalterable na nova lei respecto á regulación anterior, aínda que nada indica a LCSP respecto a se esta limitación se aplica tamén ou non aos supostos especiais que escapan do artigo 118 da propia lei. En concreto, a contratación de servizos sanitarios de urxencia regulada no artigo 131.4 e as actividades formativas a que se refire o artigo 304. A exclusión das disposicións da lei sobre preparación e adjudicación xera dúbidas: debe entenderse a duración contractual como atinente a estas fases ou, máis ben, á de execución?⁷² Máis dúbidas aínda ofrece a duración dos contratos de subscrición de revistas e bases de datos previstos pola disposición adicional novena, xa que, malia a súa remisión completa e incondicionada á regulación do contrato menor, adoita ser habitual formalizar esas subscricións sen data predeterminada de terminación contractual.

A estricta limitación da súa duración máxima supón, ademais, que o contrato menor queda así mesmo excluído da revisión periódica e predeterminada de prezos, que, conforme o artigo 103.5 da LCSP, tan só poderá ter lugar cando o contrato se tivese executado, polo menos, no 20 por cento do seu importe e tivesen transcorrido dous anos desde a súa formalización, de tal forma que aquela porcentaxe e este primeiro lapso de dous anos quedarían fóra da revisión a efectuar.

Agora ben, malia que esta é a regulación aplicable ao contrato menor, debe tomarse en consideración a situación excepcional orixinada pola pandemia do COVID-19 e a ampliación de prazo ou prórroga que supuxo en relación con estes a declaración do estado de alarma. No en van, o artigo 34 do Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social do COVID-19, dispuxo para os contratos públicos de servizos e subministracións distintos dos de prestación sucesiva, no seu apartado 2, e para os de obras, apartado 3, certas medidas orientadas a paliar as consecuencias do COVID-19, sempre que os contratos non tivesen perdido a súa finalidade como consecuencia da situación de feito creada para o efecto, destacando sinaladamente entre elas a súa prórroga ou,

⁷¹ Vid. o *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso dos Deputados, serie A, n. 5-2, do 22 de maio de 2020, en particular, emendas n. 21, pp. 13 e 14, e n. 132, pp. 98 e 99.

⁷² Inclínase por esta segunda opción MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., "La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público", cit., p. 6.

no caso de obras, a suspensión da prestación contractual, de forma que cando o contratista incorra en demora no cumprimento dos prazos previstos no contrato como consecuencia do propio COVID-19 ou das medidas estatais, autonómicas ou locais para combatelo, se lle poderá ampliar o prazo inicial ou a prórroga en curso por un prazo polo menos idéntico ao tempo perdido por este motivo, a non ser que o propio contratista pedise outro menor.

En todo caso, formulada a dúbida en relación coa aplicación do citado artigo 34.2 aos contratos menores, a Subdirección Xeral dos Servizos Consultivos da Avogacía Xeral do Estado emite informe para o efecto que conclúe, taxativamente, que “unha vez acreditado que o atraso non é imputable ao contratista senón ao COVID-19, o precepto impón *ex lege*, por razóns de interese xeral, a prórroga ou ampliación do prazo de execución, sen imposición de penalidades ao contratista e sen posibilidade de apreciar causa de resolución”, tratándose “dunha norma especial aplicable, sen exclusións, a todos os contratos non suspendidos conforme o artigo 34.1 do Real decreto-lei 8/2020 e cuxa execución quede afectada polo COVID-19, debendo entenderse tamén aplicable, polas razóns expostas, aos contratos menores”.

3 Requirimentos formais para a adxudicación, perfección e formalización do contrato menor

A reforma da contratación menor que efectúa a LCSP non só afecta, en calquera caso, aos limiares e aos tipos de contratos en relación cos que cabe acordar validamente un contrato deste tipo, isto é, ás condicións *sine qua non* do contrato menor, senón que atinxe tamén á canle procedemental para a súa celebración, impondo novos requirimentos formais descoñecidos ata o momento na súa tramitación.

En efecto, cobra especial transcendencia, por brevísima que sexa, a fase de preparación do contrato menor. Non en van, a diferenza do establecido no anteriormente vixente artigo 111 do TRLCSP, conforme o que a tramitación do seu expediente tan só precisaba, sen prexuízo das especialidades aplicables ao contrato de obras, “a aprobación do gasto e a incorporación ao mesmo da factura correspondente”, o novo artigo 118 da LCSP exige, a maiores, “a emisión dun informe do órgano de contratación xustificando de xeito motivado a necesidade do contrato e que non se está a alterar o seu obxecto co fin de evitar a aplicación dos limiares descritos” no apartado primeiro do precepto⁷³, anoando, ademais, a reforma legal de 2017 á contratación menor novas obrigas en materia de transparencia orientadas a garantir a publicidade e facilitar a fiscalización deste tipo de contratos⁷⁴.

⁷³ Para TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, cit., non hai dúbida de que a nova redacción da LCSP “restrinxe drasticamente a posibilidade de acudir aos contratos menores”, promovendo o emprego da contratación centralizada e de novos procedementos de adxudicación simplificados e emendando así “a tan criticada ausencia de expediente de contratación como tal e, polo tanto, de transparencia que tanto lastrou o contrato menor, xa non na opinión pública senón ante a propia xurisdición penal”.

⁷⁴ A LCSP insírese así na dirección marcada no seu momento polo Informe do Tribunal de Contas n. 1151, do 27 de abril de 2016, de fiscalización da contratación menor celebrada polo Instituto Nacional da Seguridade Social, exercicio 2013, sen adherirse nin asumir de todo, non obstante, as súas recomendacións relativas a catro aspectos moi concretos: “adoptar as medidas necesarias para incrementar os controis informáticos internos que garantan o axeitado tratamento da informa-

3.1 A preceptiva motivación da necesidade do contrato menor

O informe exixido polo artigo 118.2 da LCSP para a tramitación do expediente do contrato menor é un requisito que enlaza pola súa vez, sen lugar a dúbida, co enunciado do artigo 28 da lei, relativo á necesidade e idoneidade do contrato e á eficiencia na contratación⁷⁵. Incardinado, en concreto, entre as disposicións xerais que sobre a contratación do sector público establece o título I da LCSP, sitúase entre as medidas que para a súa racionalidade e consistencia sanciona o capítulo I⁷⁶. Conforme o seu teor literal, non basta con que o contrato resulte necesario para o cumprimento e realización dos fins institucionais da entidade do sector público contratante en cada caso, senón que é preciso, ademais, fundamentar este extremo documentalmente e con precisión⁷⁷. É dicir, exíxese sempre ao órgano contratante, tamén no suposto do contrato menor, non só o respecto e cumprimento das normas de tramitación do procedemento de contratación aplicable, senón tamén a xustificación da propia necesidade do contrato en si para a satisfacción dos fins do ente público, impóndoselle, por conseguinte, a obriga de velar pola súa eficiencia nestes termos⁷⁸.

Non en van, o teor literal do artigo 1.1 da LCSP dispón que “esta lei ten por obxectivo regular a contratación do sector público, co fin de garantir que esta se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores; e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, e o principio de integridade, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a exixencia da definición previa das necesidades a satisfacer, a salvagarda da libre competencia e a

ción que conteñen as bases de datos comprensivas da contratación menor celebrada”; promover a concorrncia, “cando as circunstancias dun contrato, e especialmente a súa contía, así o aconselle”; solicitando “ofertas a varias empresas, posto que, ao existir maior competencia, poderían obterse mellores condicións económicas”; e valorando nestes casos “a conveniencia de deixar constancia formal das actuacións que levase a cabo na fase preparatoria, tales como a acreditación da promoción de concorrncia, se é o caso, a acreditación da habilitación da empresa adxudicataria, cando esta sexa necesaria, a suficiente solvencia da empresa ou unha declaración responsable de que o adxudicatario non se atopa incurso en prohibición de contratar”; “incrementar o control dos expedientes para garantir o axeitado cumprimento do procedemento establecido para a execución do gasto público, a prol da maior transparencia do procedemento”; así como aumentar “os mecanismos de control interno sobre os contratos relacionados co mantemento das instalacións e dependencias que se atopan ao seu cargo”.

⁷⁵ *Vid.* ao respecto, con maior profundidade, o comentario efectuado ao artigo 28 da LCSP en CASARES MARCOS, A., “Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, Martínez Fernández, J.M. e Bocos Redondo, P. (coords.), *Contratación del Sector Público Local*, T. I, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

⁷⁶ Refírese á “novidosa exixibilidade de racionalidade e consistencia na decisión de contratar” que sanciona a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, referindo a súa estrañeza polos termos elixidos, GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, *Contratación del Sector Público Local*, T. I, La Ley y El Consultor, Madrid, 2008, p. 276.

⁷⁷ Trátase, en todo caso, dun precepto aplicable a todas as entidades do sector público, conforme a propia definición que dispón para o efecto o artigo 3.1 da lei, excedendo, polo tanto, do ámbito subxectivo máis restrinxido das que alcanzan, para os efectos deste texto legal, a consideración de administracións públicas.

⁷⁸ Preténdese con iso, en expresión de MORENO MOLINA, J.A. e PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012, p. 666, “asegurar o axuste formal ás normas procedementais e que só se contrata aquilo que é estritamente necesario”, xogando a necesidade do contrato e a idoneidade da súa configuración o papel de “elemento causal deste”, en canto “aptitude para desempeñar a función económico-social asignada polo ordenamento xurídico”. *Vid.*, con maior profundidade, sobre a necesidade, entre outras cousas, de “garantir a avaliación axeitada das necesidades”, GIMENO FELIÚ, 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 de Estudios de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010, pp. 517 e ss.

selección da oferta economicamente máis vantaxosa”. Son vertentes que conectan cos intereses xerais aos cales, conforme o artigo 103.1 da Constitución española, serve con obxectividade a nosa Administración pública. Obriga reiterada no artigo 3.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público⁷⁹.

A translación destas ideas xerais e a súa concreción no suposto particular dun contrato asinado polo sector público tradúcese no deber indispoñible de que todo contrato público persiga unha finalidade concreta de interese público, dentro do ámbito de competencia do órgano de contratación correspondente. É máis, trátase dun extremo ou deber, de carácter teleolóxico, sometido a control xudicial conforme o disposto polo artigo 106.1 da Constitución, xa que lles corresponde aos tribunais controlar o sometemento da actuación administrativa aos fins que a xustifican⁸⁰.

Desta forma, o artigo 28.1 da LCSP prohibe ás entidades do sector público, en sintonía co obxecto e finalidade que enuncia para a lei o seu artigo 1, a celebración de contratos que non sexan necesarios para o cumprimento e realización dos seus fins institucionais, exixindo a xustificación detallada na documentación preparatoria correspondente de certos aspectos concretos⁸¹. En concreto, deberán acreditarse axeitadamente antes do inicio do procedemento de adxudicación correspondente, “a natureza e extensión das necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato proxectado, así como a idoneidade do seu obxecto e contido para satisfacelas, cando se adxudique por un procedemento aberto, restrinxido ou negociado sen publicidade”. Malia reiterar practicamente de forma literal o enunciado do artigo 22.1 do TRLCSP, introduce unha referencia expresa, certamente novidosa, a varios dos procedementos concretos de adxudicación contractual regulados pola lei. O seu teor, que debe pórse necesariamente en relación co artigo 118.1 da lei no suposto concreto dun contrato menor, resulta arresado e precisamente por iso un tanto equívoco, sen que deba inducir, non obstante, a confusión.

É así, todo contrato público precisa, con carácter xeral, para a súa válida celebración, da tramitación do correlativo expediente de contratación, nos termos dispostos en relación coa súa iniciación e contido polo artigo 116 da LCSP. Correspóndelle ao órgano de contratación motivar a necesidade do contrato, iniciando con iso a tramitación do mencionado expediente⁸². A referencia expresa do precepto a certos procedementos concretos de adxudicación non pretende, non obstante, excluír a obriga de motivar a

⁷⁹ Resultan de interese, a este respecto, as reflexións vertidas por NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. “Algunas reflexiones sobre formación y control de las decisiones públicas”, *La Administración al día. Estudios y comentarios*, INAP, Madrid, edición do 20 de xullo de 2017.

⁸⁰ *Vid.*, neste sentido, DE SOLAS RAFECAS, J.M., “El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada y el de la libertad de pactos en la Administración”, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 3088.

⁸¹ *Vid.* para tal efecto o Informe da Xunta Consultiva de Contratación 31/05, do 29 de xuño, relativo ao inicio do expediente de contratación no ámbito da Administración local, onde se subliña a distinción entre o inicio *stricto sensu*, que debe acompañarse da xustificación pertinente, e o acto de aprobación definitiva do expediente que produce plenos efectos xurídicos cara a terceiros e o órgano de contratación.

⁸² Tan só escapan desta obriga xeral aqueles contratos suxeitos ao réxime excepcional que establece o artigo 120 para os supostos en que deban ser tramitados de emerxencia, de tal maneira que cando a Administración pública teña que actuar de forma inmediata a causa de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que afecten á defensa nacional, o órgano de contratación poderá ordenar directamente a execución nos termos dispostos polo precepto, sen obriga de tramitar o oportuno expediente de contratación.

necesidade de contratar nos supostos non citados, senón máis ben concretar o alcance específico dese deber inescusable.

Deberá motivarse sempre, sen excepción ningunha, “a natureza e extensión das necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato proxectado”. En cambio, “a idoneidade do seu obxecto e contido para satisfacelas” serán concretadas de xeito expreso ao inicio do expediente de contratación cando o contrato público se vaia adxudicar por un procedemento aberto, restrinxido ou negociado sen publicidade. Nos restantes supostos de adxudicación considerados pola lei, é dicir, en caso de procedemento negociado con publicidade, diálogo competitivo, asociación para a innovación e concurso de proxectos, a propia tramitación procedemental presupón a negociación e progresiva concreción do obxecto e o contido contractual durante a súa fase de adxudicación, resultando, polo tanto, imposible por definición a súa precisión e xustificación minuciosa no momento de iniciarse o expediente correspondente⁸³.

Non só iso, o lexislador concretou esta obriga de forma específica respecto a algúns casos concretos. Por exemplo, en relación con contratos típicos de especial frecuencia, repercusión e transcendencia económico-financeira. Así sucede, en particular, ao regular as actuacións preparatorias do contrato de obras [artigo 233.1 a) da LCSP] ou da concesión de obras [artigo 247.2 a)]. Nesta mesma liña, o artigo 118.2 dispón que “nos contratos menores a tramitación do expediente exixirá a emisión dun informe do órgano de contratación que xustifique de xeito motivado a necesidade do contrato”. Malia que a LCSP non indica o momento concreto en que a xustificación debe realizarse formal ou documentalmente, como ben sinala o Informe 1/2018, do 25 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, “o correcto é que a concorrencia dos requisitos legais que determinan a posibilidade de utilización do contrato menor se comprobe no momento en que se efectúe a encarga”, sendo suficiente, en todo caso, “que as xustificacións documentais expresadas consten no expediente tramitado de acordo co artigo 118 con carácter previo á aprobación do gasto”.

Convén subliñar para tal efecto que, conforme o artigo 38 b) da LCSP, son inválidos os contratos menores celebrados “cando o sexa algún dos seus actos preparatorios ou do procedemento de adxudicación, por concorrer nestes algunha das causas de dereito administrativo a que se refiren os artigos seguintes”. O artigo 39.1 da lei remite, pola súa vez, para a determinación das causas de nulidade, ás previstas no artigo 47 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas, conforme o apartado 1 e) desta será nulo de pleno dereito o contrato menor

⁸³ En efecto, conforme o artigo 166.2 da lei, determinaranse no prego de cláusulas administrativas particulares os aspectos económicos e técnicos que, se é o caso, deban ser obxecto de negociación coas empresas. Do mesmo modo, dispón o artigo 172.1 que “a mesa especial de diálogo competitivo dirixe un diálogo cos candidatos seleccionados, logo de solicitude destes, co fin de desenvolver unha ou varias solucións susceptibles de satisfacer as súas necesidades e que servirán de base para que os candidatos elixidos presenten unha oferta”. Establece, polo demais, o artigo 177.1 que nos supostos de asociación para a innovación o órgano de contratación determinará nos pregos de cláusulas administrativas particulares “cal é a necesidade dun produto, servizo ou obra innovadores que non pode ser satisfeita mediante a adquisición de produtos, servizos ou obras xa dispoñibles no mercado”, indicando, así mesmo, “qué elementos da descrición constitúen os requisitos mínimos que deben cumprir todos os licitadores”, facilitando información “o suficientemente precisa como para que os empresarios poidan identificar a natureza e o ámbito da solución requirida”. Son, en fin, concursos de proxectos, de acordo co artigo 183.1, “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 encomenda a un xurado”.

ditado “prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido”. Debe considerarse así, na miña opinión, a ausencia de informe do órgano de contratación que motive a necesidade do órgano, exigencia do artigo 118.1 da LCSP que conecta directamente co artigo 28 da lei e co obxecto principal desta, de forma que a súa ausencia supón prescindir por completo da fase preparatoria do contrato menor⁸⁴. Outra cousa, máis complexa e delicada, será a posible ponderación xudicial da súa insuficiencia para determinar a invalidez do contrato, tema que enlaza de cheo, como se comprende, co difícil e espiñento asunto do control da discrecionalidade administrativa.

En definitiva, o lexislador insiste de forma reiterada ao longo do articulado da LCSP na necesidade de xustificar o contrato, como vía para garantir a ansiada racionalidade e consistencia da contratación do sector público⁸⁵. Que dúbida cabe que a motivación expresada ao respecto polo órgano de contratación deberá resultar nese sentido fundamental, non só para probar axeitadamente a necesidade do acordo contractual, senón para evidenciar detalladamente a idoneidade do contrato menor en canto auténtica causa do contrato, isto é, a congruencia entre a súa finalidade e obxecto⁸⁶. De aí que o Informe 42/2017, do 2 de marzo de 2018, da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado faga fincapé en que o informe de necesidade do contrato menor “debe ter un contido substantivo e propio”, sen que “se poida substituír por un mero acordo de inicio”, tratándose de “figuras diferentes”⁸⁷. Respecto ao seu alcance, a Recomendación 1/2018, do 11 de abril, da Xunta Asesora de Contratación Pública do Goberno Vasco sostén, de forma ilustrativa, que “a necesidade inclúe a xustificación da externalización por non contar con medios propios persoais ou materiais, o interese público que avala a dita necesidade e que ese interese non se poida satisfacer con ningún outro contrato en vigor”.

⁸⁴ *Vid.*, nesta mesma liña, DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, cit., p. 26, para quen a existencia dun expediente de contratación para os contratos menores “ten como consecuencia a perda da inmediatez na execución do contrato de que se trate, así como un control *a priori* intentando garantir que só se contrata o necesario para cubrir as necesidades reais existentes”. Incide tamén niso TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, cit., ao afirmar que se antolla *prima facie* “complicado poder xustificar acudir á contratación menor, a prol de razóns tales como o prazo ou a necesaria inmediatez da prestación”.

⁸⁵ O enunciado final da LCSP non recolleu, non obstante, as recomendacións realizadas para o efecto no seu día polo Observatorio da Contratación Pública e Transparencia Internacional España nas súas propostas de modificacións e mellora ao Proxecto de Lei de contratos do sector público, nas que suxerían que “en todo expediente de licitación, en especial os de concesión de obras ou de servizo de importe elevado debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financeira e de viabilidade subscrito por funcionarios especializados e independentes”.

⁸⁶ Sobre os dous planos, formal e material, que cabe distinguir para determinar o alcance do control do elemento causal do contrato e a dificultade de que un órgano xurisdiccional vaia máis alá do estritamente formal para entrar a valorar materialmente a bondade das razóns dadas polo órgano de contratación, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, cit., pp. 281 e ss., e os escasos precedentes xurisprudenciais habidos na materia que cita. Non en van, engarza co difícil tema do control xudicial da discrecionalidade administrativa.

⁸⁷ Subliña, ademais, que debe ser asinado polo titular do órgano de contratación, salvo que a competencia fose delegada nos termos legalmente establecidos. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., fai fincapé, en tal sentido, na exigencia legal de que sexa emitido “polo órgano de contratación e non polos seus servizos técnicos ou xurídicos”.

Para tal fin, resulta aplicable o disposto en relación coa motivación das resolucións administrativas pola Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, podendo optar o órgano de contratación por unha motivación sucinta, aínda que expresa, en ningún caso xenérica ou meramente formularia⁸⁸, ou por motivar *in aliunde* e incorporar o seu texto, en virtude do artigo 88.6, os informes ou ditames aceptados, que deberían servir así de motivación á resolución⁸⁹.

3.2 Contrato menor e fraccionamento indebido do obxecto contractual

Agora ben, por importante que sexa a motivación do contrato menor, a súa preparación debe ir acompañada, ademais, da determinación de dúas cuestións conexas de gran transcendencia, isto é, o obxecto do contrato e o seu valor estimado. Resultan aplicables, para tal efecto, as disposicións dos artigos 100 e 101 da LCSP, dirixidas, respectivamente, a concretar as regras aplicables ao orzamento base de licitación, que deberá elaborarse, polo que interesa aos nosos efectos, co coidado do órgano de contratación por que “sexa axeitado aos prezos do mercado” e a pautar, en fin, a determinación do valor estimado dos contratos. Debe tomarse en consideración, para tal efecto, que de conformidade co artigo 103.2 da LCSP e coa propia racionalidade e sentido da contratación menor, de escasa duración e improrrogable, non procede en caso ningún a revisión de prezos neste tipo de acordos.

Polo demais, a flexibilidade e inmediatez con que se concibe este tipo de contratos exímeos de contar con pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas, aínda que poderían existir se se considerasen necesarios⁹⁰. Non en van, pode resultar aconsellable contar con algún tipo de soporte documental que pautar a actuación que cómpre seguir ante incidencias posteriores que puidesen xurdir na fase de execución do contrato menor⁹¹. Se o contrato menor é de obras, debe acompañarse o seu

⁸⁸ MORENO IBÁÑEZ, I., “Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, cit., p. 3, sostén que as motivacións xenéricas ou formularias desnaturalizarían a exigencia legal e converterían o informe “nun mero trámite burocrático de escaso valor administrativo”, debendo modular o órgano administrativo o nivel de detalle necesario en cada caso “en atención á súa natureza e importancia”. En idéntico sentido, CARBONERO GALLARDO, J.M., “Calificación de contratos y actos de trámite. Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de contratos del sector público 2017”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, do 1 de maio de 2020, pp. 4 e ss.

⁸⁹ De motivación indirecta fala GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, cit., p. 279, ao referirse a esta remisión. Resulta sobradamente coñecida a xurisprudencia do Tribunal Supremo ao respecto declarando que a irregularidade que suporía a súa non incorporación textual á resolución administrativa non implica a anulabilidade desta última sempre que quedase garantido o coñecemento efectivo das razóns da Administración por parte do administrado, excluíndose, polo tanto, nestes supostos, a súa indefensión. Desta forma, se constan no expediente administrativo tales informes e o destinatario tivo cumprido acceso a este, a motivación mediante esta técnica *in aliunde* satisfaría as exigencias da motivación, pois permitiríalle ao receptor do acto coñecer a xustificación do decidido pola Administración. Así, entre outras, nas sentenzas do Tribunal Supremo do 28 e 31 de xaneiro de 1983 (relatores Martín e Gutiérrez de Juana, respectivamente), do 16 de marzo de 1984 (relator Garralda Valcárcel), do 14 de outubro de 1985 (relator Reyes Monterreal), do 30 de maio de 1986 (relator Martín Martín), do 31 de xullo de 1990 (rec. 398/1987), do 14 de marzo de 2000 (rec. 3660/1996), do 16 de abril de 2001 (rec. 3671/1996), do 7 de xullo de 2003 (rec. 6286/2000), do 12 de xullo de 2004 (rec. 88/2001), 21 de novembro de 2005 (Relator Baena del Alcázar) ou do 11 de febreiro de 2011 (rec. 161/2009).

⁹⁰ Regulados nos artigos 121 a 130 da LCSP.

⁹¹ Así o sostén, en particular, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, cit., pp. 9 e ss., quen afirma taxativamente que se trata dun motivo de ineficiencia do contrato menor,

orçamento, sen prexuízo da necesidade, se é o caso, do correspondente proxecto⁹² ou do informe de supervisión de proxectos a que se refire o artigo 235 da LCSP, cando o traballo afecte á estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra.

Resulta esencial, en calquera caso, desde a perspectiva do obxecto contractual, a existencia do artigo 118.2 de que se xustifique no expediente de contratación “que non se está a alterar o seu obxecto co fin de evitar a aplicación dos limiares descritos no apartado anterior”; isto é, o valor considerado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros, cando se trate de subministracións ou de servizos. Débese razoar axeitadamente, en definitiva, que non existe fraccionamento indebido do obxecto do contrato menor en lotes para eludir a transparencia e concorrancia que sancionan as directivas comunitarias en materia de contratación pública⁹³. Con iso o lexislador sanciona indirectamente a imposibilidade de dedicar o contrato menor a necesidades recorrentes, previsibles e predicibles pola súa propia periodicidade, extremo sobre o que se pronunciara xa en termos categóricos o Ditame 128/2016, do 21 de abril, do Consello Consultivo de Canarias, que insta a depurar responsabilidades polo uso reiterado da contratación menor para necesidades permanentes e mediante fraccionamento fraudulento e ilícito do obxecto contractual, “sen unha correcta planificación previa que permita lograr unha eficiencia e racionalidade na utilización dos recursos públicos e con total desprezo aos principios reguladores da contratación pública: transparencia, legalidade, seguridade xurídica, boa fe e confianza lexítima”⁹⁴.

En definitiva, tras a reforma operada pola LCSP en 2017, como ben subliña a Recomendación 1/2018, do 11 de abril, da Xunta Asesora de Contratación Pública do

dado que “se isto pode non ser necesario nun contrato de subministración dun ben moble nun comercio porque o contrato se esgota en si mesmo e o comerciante ofrece garantías estándar para o produto”, nos contratos que impliquen prestacións de facer concretas, xa sexa unha obra ou un servizo, “é oportuno polo menos un acordo que reflecta esas condicións mínimas e que se remita, en caso de incumprimentos, a un sistema de penalizacións, indemnizacións, procedemento e resolución que permitan ao órgano de contratación dispoñer de ferramentas xurídicas axeitadas para actuar en caso de incumprimento por parte do adxudicatario, como pode ser un prego modelo para o tipo de contrato de que se trate”. Non en van, p. 8, “un contrato menor pola súa contía pode ser ‘maior’ en problemas se o contratista non cumpre puntualmente co que se espera del”.

⁹² A normativa sectorial aplicable determinará non só o contido do proxecto, senón tamén a posible necesidade dun estudo básico de seguridade e saúde nos termos do artigo 4 do Real decreto 1627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción.

⁹³ Sobre a fiscalización do contrato menor e as consecuencias disciplinarias e penais que formula, *vid.* a xurisprudencia e doutrina administrativa citada para o efecto por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., pp. 5 e ss.; e, do mesmo autor, “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, cit., pp. 12 e ss.

⁹⁴ Resulta sumamente ilustrativo para o efecto o Informe 6/2016, do 27 de abril de 2017, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, en relación “cunha multiplicidade de sucesivos contratos de mantemento preventivo e correctivo do parque de vehículos das Forzas e Corpos de Seguridade do Estado dunha determinada localidade” cando sostén que “é certo que cada contrato pode executarse por separado e, de feito, así ocorreu, pero neste suposto que se expón tamén o é que todos eles teñen o mesmo obxecto (ben o mantemento preventivo, ben o correctivo dos vehículos), que todos eles aluden a prestacións similares e sucesivas e que, aínda que neste último tipo de mantemento cada unha das avarías en cuestión poidan ser cualificadas como distintas en cada caso, o certo é que todas elas constitúen, por razón dos precedentes argumentos, unha unidade funcional para os efectos e nos termos descritos na normativa vixente. Parece razoable pensar que é certamente previsible que se vaia producir un número importante de actuacións de igual natureza ao longo do ano. Sendo isto así, a lóxica indica que é perfectamente posible agrupar nun só contrato todas as sucesivas actuacións a desenvolver no parque móbil, non só por razón da súa unidade funcional evidente, senón tamén por causa do incremento de eficacia administrativa que en todos os aspectos representa a existencia dun só contrato fronte a unha multiplicidade destes”.

Goberno Vasco, no expediente do contrato menor “débese xustificar que non se está a alterar o obxecto do contrato para evitar a aplicación das regras xerais da contratación. O obxecto debe estar clara e detalladamente definido, recollendo a súa causa e a súa materia, e coa mención exhaustiva na dita xustificación das tarefas que levará consigo, e o espazo temporal en que operará, nunca superior a un ano nin susceptible de prórroga, como indica o artigo 29 da propia LCSP no seu apartado 8. A dita xustificación debe elaborala e rubricala a persoa encargada de definir tales tarefas e controlar a súa correcta execución”.

Causa certa estrañeza a fixación do lexislador con previr a alteración e parcelación fraudulenta do obxecto contractual⁹⁵. Como ben subliñou a doutrina, o teor literal do precepto parece exixir unha declaración de intención ao contratante en relación coa cuestión, aínda que o elemento defraudatorio, xa sexa na intención ou no resultado final, con ser importante, non resulta imprescindible para que se produza un fraccionamento ilegal⁹⁶. O esencial desde a perspectiva da regulación dos contratos do sector público non debera ser tanto o propósito co que se puidese alterar o obxecto do contrato menor como evitar o fraccionamento daquilo que non deba esgazarse⁹⁷. Máis aínda se tomamos en consideración o xiro espectacular que dan nesta materia tanto a normativa comunitaria como a nova LCSP ao alentar agora, no marco dun apoio decidido á participación e acceso das pemes á contratación pública, a división de grandes contratos en lotes, co fin de aumentar así, en definitiva, a competencia. O considerando 78 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, recalca para o efecto que “esta división podería realizarse de xeito cuantitativo, facendo que a magnitude de cada contrato corresponda mellor á capacidade das pemes, ou de xeito cualitativo, de acordo cos diferentes gremios e especializacións implicados, para adaptar mellor o contido de cada contrato aos sectores especializados das pemes ou de acordo coas diferentes fases posteriores dos proxectos”.

Trátase dunha decisión discrecional do poder adxudicador, a quen lle corresponde determinar de forma autónoma non só a conveniencia de dividir o contrato en lotes, senón a propia magnitude e o contido de cada un deles. Poucas pautas dá ao respecto a LCSP, que, malia prohibir dun lado, no seu artigo 99.2, fraccionar un contrato “coa finalidade de diminuír a contía deste e eludir así os requisitos de publicidade ou os relativos ao procedemento de adxudicación que correspondan”, incidindo, de novo, na intencionalidade, alenta doutro, no apartado seguinte do precepto, “a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes”, iso si, “sempre que a natureza ou o obxecto do contrato o permitan”. A decisión final queda así en mans do órgano de contratación, que “poderá non dividir en lotes o obxecto do contrato cando existan motivos válidos, que deberán xustificarse debidamente

⁹⁵ Que consistiría, como subliña ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 8, “en encubrir un único contrato de prestación única simulando varios contratos menores simultáneos ou sucesivos”.

⁹⁶ “Nada máis inxenuo”, a xuízo de ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 3, que esta exixencia de xustificación.

⁹⁷ E, non obstante, “a maior parte da doutrina e dos informes das Xuntas priman o elemento defraudatorio [...] sobre un fraccionamento incorrecto”, como sinala ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 3.

no expediente, agás nos casos de contratos de concesión de obras”⁹⁸. A propia lei exemplifica, non obstante, na liña do argumentado polo considerando 78 antes citado, algúns motivos válidos “para os efectos de xustificar a non división en lotes do obxecto do contrato”; en tal sentido, que a decisión de realizar de forma independente as diversas prestacións comprendidas no obxecto contractual levase consigo o risco de restrinxir inxustificadamente a competencia⁹⁹, dificultase a súa correcta execución desde o punto de vista técnico ou puidese ameazar con socavar a axeitada execución do contrato, a causa da propia natureza do seu obxecto e da exixencia ineludible de coordinar os contratistas a cargo dos diversos lotes¹⁰⁰.

A forma concreta en que se motiva queda a criterio do órgano de contratación, “con tal de que se faga de modo suficiente”, sen que vullan, en definitiva, “motivacións xenéricas ou estereotipadas”¹⁰¹. Nesta mesma liña pronúnciase taxativamente a Resolución do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais 62/2012, do 29 de febreiro, cando afirma que “a motivación non precisa ser un razoamento exhaustivo e pormenorizado en todos os aspectos e perspectivas, bastando con que sexa racional e suficiente, así como a súa extensión de amplitude suficiente para que os interesados teñan o debido coñecemento dos motivos do acto para poder defender os seus dereitos e intereses, podendo ser os motivos de feitos e de dereito sucintos sempre que sexan suficientes, como declara a xurisprudencia tanto do Tribunal Constitucional como do Tribunal Supremo (por todas, STC 37/1982, do 16 de xuño; SSTs do 9 de xuño de 1986, 31 de outubro de 1995, 20 de xaneiro, 11 e 13 de febreiro, 9 de marzo, 25 de maio e 15 de xuño de 1998, 19 de febreiro e 5 de maio de 1999, e 13 de xaneiro de 2000)”.

Situámonos, en suma, ante dous tipos de fraccionamento do contrato público. Dun lado, aquel legalmente exixido, na medida en que o órgano de contratación debe xustificar, malia tratarse dunha decisión discrecional, a súa opción por non dividir en lotes. Doutro, a segmentación ilegal do contrato, sobre a que o texto legal garda, non obstante, un silencio en verdade molesto para o intérprete e o operador xurídico¹⁰², na medida en que se limita a prohibir a partición co fin de diminuír a contía contractual e eludir con iso certos deberes de publicidade ou requisitos para a súa adxudicación¹⁰³,

⁹⁸ Para ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., pp. 11 e ss., a LCSP inverte a regra do TRLCSP ao imporlle ao órgano de contratación a obriga de xustificar a non división en lotes. Alude, entre outros motivos para a non división, a razóns de eficacia, eficiencia e coordinación, economías de escala e optimización da execución global, que deberán ponderarse, necesariamente, coa liberdade de acceso ás licitacións, a non discriminación e igualdade de trato e, en fin, coa libre competencia.

⁹⁹ Malia que o artigo 99.3 a) da LCSP exixe, para os efectos de aplicar este criterio, informe previo da autoridade de defensa da competencia correspondente que se pronuncie sobre a apreciación da dita circunstancia.

¹⁰⁰ En todo caso, conforme o apartado 4 do precepto, o órgano de contratación poderá limitar, sempre que o xustifique debidamente no expediente, o número de lotes para os que un mesmo candidato ou licitador pode presentar oferta ou o dos que lle poden ser adxudicados a cada un deles.

¹⁰¹ Vid. CARBONERO GALLARDO, J.M., “Calificación de contratos y actos de trámite. Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de contratos del sector público 2017”, cit., p. 4.

¹⁰² VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 156, 2018, p. 2, pon o acento precisamente na necesidade de “determinar correctamente o concepto de fraccionamento do contrato”.

¹⁰³ A indebida utilización do contrato menor sen atender ás súas limitacións legais e/ou fraccionando o obxecto contractual para eludir a súa licitación en concorrencia desembocou en condenas penais polo delito de prevaricación tipificado no artigo

impondo a emisión para estes efectos, no caso concreto dos contratos menores, dun informe por parte do órgano de contratación para xustificar precisamente que “non se está a alterar o seu obxecto” co fin de evitar a aplicación dos limiares” que individualizan e flexibilizan a contratación menor¹⁰⁴.

A ausencia de pautas concretas ao respecto no enunciado da LCSP obriga a acudir, como se viñera facendo ata agora ao abeiro do TRLCSP inmediatamente anterior, á doutrina de órganos consultivos e fiscalizadores en materia de contratos do sector público co fin de extraer algunhas regras que poidan servir a xeito de patrón proporcionando certos fitos ou estándares que permitan marcar a divisoria no que á irregularidade do fraccionamento contractual se refire¹⁰⁵. Así, o Informe 69/2009, do 31 de marzo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, subliña como “a prohibición de fraccionar o obxecto dos contratos do sector público está dirixida fundamentalmente a evitar que a través dela se eluda a aplicación de certas normas cuxa exixibilidade depende do valor estimado do contrato”, polo que non pretende “agrupar artificialmente nun só contrato varias prestacións de distinta ou idéntica natureza, senón impedir a fraude de lei tendente a evitar a aplicación dos preceptos que regulan os procedementos aberto ou negociado ou as exixencias de publicidade no *Diario Oficial da Unión Europea*”. De aí a inexistencia de calquera “obriga de integrar nun só contrato dúas ou máis prestacións, *aínda que sexan similares e poidan executarse de forma conxunta, se entre elas non existe un vínculo operativo*”, sendo “perfectamente posible non só contratalas por separado, senón mesmo a súa explotación en forma independente”. Desta forma, o primeiro requisito que debe concorrer para que se poida apreciar fraccionamento contractual ilícito é a unidade operativa, funcional ou substancial entre as diferentes prestacións ou partes das prestacións contractuais.

Agora ben, como se concreta ese concepto xurídico indeterminado na práctica? Cando cabe entender que existe unha “unidade funcional” entre as partes para os efectos de determinar ilegal o fraccionamento? O Informe 31/2012, do 7 de maio de

404 do Código penal. Así, por exemplo, en relación co encadeamento de contratos para asesoría xurídica, na Sentenza 233/2017, do 6 de outubro, do Xulgado do Penal número 1 de Melilla. Sobre a fiscalización do contrato menor e os aspectos penais que formula, *vid.* a interesante reflexión, así como a doutrina e xurisprudencia citada por GARCÍA HERNÁNDEZ, J., “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, *Revista de Derecho Local*, n. 44, 2016. Refírese, así mesmo, ás consecuencias penais derivadas da adjudicación irregular de contratos do sector público, ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., “Delito de prevaricación administrativa. Adjudicación irregular de contratos”, *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 178, 2015, pp. 183 e ss.

¹⁰⁴ Refírese á distinción entre fraccionamento irregular e división en lotes, ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública”, *cit.*, pp. 4 e ss., quen sintetiza a cuestión subliñando como “cando se fracciona irregularmente o obxecto do contrato, o resultado da fracción bota un obxecto incompleto, que necesita das outras fraccións restantes para poder ser executado correctamente por unha empresa”, fronte á división en lotes, que se caracteriza por que “cada lote comprende un obxecto perfectamente executable por empresas diferentes, sen existir por iso ningún problema á hora da súa execución”; e, en fin, como “co fraccionamento se elude un procedemento de contratación máis garantista, mentres que cando se divide en lotes non se está a eludir ningún procedemento de licitación posto que se acode ao que corresponde, en atención ao valor estimado de todos os lotes no seu conxunto”.

¹⁰⁵ Resulta de sumo interese para o efecto o documento elaborado pola Fundación FIASEP, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, 2013, en especial, pp. 72 e ss., relativas ao fraccionamento indebido ou fraudulento. Trátase dun documento técnico elaborado pola súa Comisión Técnica de Auditoría Pública para homoxeneizar a execución dos traballos e o tratamento e contido dos informes de auditoría no sector público. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, *cit.*, remítese, así mesmo, ao “corpo xurisprudencial” elaborado na materia polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, malia que “non foi citado ou utilizado con frecuencia en España”.

2013, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, sinalou como “cabe entender que existe ‘unidade funcional’ se as diferentes prestacións que integran o contrato non poden ser separadas sen que sufra menoscabo ou detrimento a consecución do fin público perseguido, de modo que se pode afirmar que as prestacións deben agruparse nun só contrato en razón da función que van cumprir e non pola súa maior ou menor semellanza”¹⁰⁶. A Comisión Consultiva de Contratación Pública da Xunta de Andalucía, apunta, en fin, no seu Informe 6/2018, do 12 de xullo, “que poden ser elementos de referencia para iso a nomenclatura CPV (*Common Procurement Vocabulary* - Vocabulario Común de Contratación Pública), sistema de identificación e categorización de todas as actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación pública na Unión Europea, o Código Normalizado de Produtos e Servizos das Nacións Unidas (UNSPSC), a Clasificación Central de Produtos (CPC), a Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), ou o *código xenérico no caso dos servizos sanitarios*”.

Afonda nesta doutrina, desde a perspectiva concreta do contrato menor, o Informe 1/2010, do 3 de febreiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, que, enfrontado ao feito de que “a contía sexa o elemento determinante da condición de contrato menor”, fai fincapé na necesidade “de contar cun criterio que permita dilucidar en que supostos a contratación separada de prestacións da mesma natureza puidese tacharse de fraccionamento fraudulento do obxecto do que debese ter sido un único contrato, para evitar superar o límite cuantitativo da contratación menor; e, pola contra, en que supostos tal fraccionamento estará suficientemente xustificado pola propia necesidade de que tales prestacións sexan atendidas mediante contratos distintos”. E así, considerando conveniente “ter presente o concepto doutrinal de contrato como institución xurídica”, parte dos seus elementos esenciais (suxeito, obxecto e causa) para concluír “que existirá un único contrato cando haxa coincidencia nos tres citados elementos”, debendo formalizarse contratos distintos “desde o momento en que a axeitada execución da prestación a realizar motive que un deses tres elementos varíe, aínda que haxa coincidencia nos outros dous”.

O Tribunal de Contas parte tamén desta doutrina nos seus Informes n. 1046, do 24 de xullo de 2014, de fiscalización sobre as actuacións realizadas polos concellos con cargo ao Fondo Estatal para o Emprego e Sustentabilidade Local, creado polo Real decreto-lei 13/2009, de 26 de outubro, e, en especial, o n. 1151, do 27 de abril de 2016, de fiscalización da contratación menor celebrada polo Instituto Nacional da Seguridade Social, exercicio 2013. Do acervo da voluminosa doutrina comprendida nos informes e ditames de órganos consultivos e fiscalizadores cabe derivar, en todo caso, certos indicadores de risco que permiten pór o foco sobre supostos de fraccionamento ilícito que cabería, en principio, presupor, salvo proba ou xustificación en contrario. Así, en relación con aqueles contratos de obxecto idéntico, moi similar ou complementario, adxudicados na mesma data ou datas moi próximas, que dean cobertura a unha mesma

¹⁰⁶ En tal sentido, para CANDELA TALAVERO, J.E., “El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor”, *Auditoría Pública*, n. 53, 2011, pp. 92 e ss., a unidade operativa ou funcional pivota arredor de “se son elementos inseparables para o logro dunha mesma finalidade ou se son imprescindibles para correcto funcionamento daquilo que se pretende conseguir mediante a celebración do contrato”.

causa ou necesidade pública, mesmo cando a súa execución se realice en situacións ou espazos físicos diversos, ou, se é o caso, de xeito moi palpable, cos orientados a satisfacer necesidades recorrentes, prestacións necesarias, previsibles e periódicas.

Así o subliña, polo demais, o Informe 14/2014, do 22 de xullo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Catalunya, ao resaltar que “o fraccionamento fraudulento do obxecto dun contrato se pode producir tanto mediante a subscripción de diversos contratos menores destinados á obtención dun resultado único ou dunha prestación que tivese que ter sido obxecto dun único contrato, como tamén levando a cabo contratacións menores sucesivas para cubrir necesidades recorrentes que tivesen que formar parte dun único contrato [...], sempre que estas contratacións sucesivas supoñan unha alteración das normas de publicidade e das relativas aos procedementos de adxudicación que se tivesen que aplicar”¹⁰⁷.

Tamén o Informe 42/2017, do 2 de marzo de 2018, da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, tivo ocasión de facer fincapé na utilidade desta interpretación que permite afastarse do rigorismo excesivo para aceptar a posibilidade de sucesivos contratos menores a cargo dun mesmo operador económico “cando os seus obxectos sexan cualitativamente distintos” ou “cando, sendo as prestacións que constitúen o seu obxecto equivalentes, non haxa dúbida ningunha de que non constitúen unha unidade de execución no económico e no xurídico”. En definitiva, a división do contrato en lotes resulta axeitada para promover a transparencia e a libre concorrencia na licitación dos contratos públicos, malia que se fai necesario acuñar técnicas e pautas legais que permitan identificar e extirpalas ás prácticas para o efecto¹⁰⁸.

3.3 Adxudicación e perfección contractual

Unha vez determinada a necesidade, o obxecto e o orzamento, se é o caso, do contrato menor, procede a súa adxudicación. Conforme o artigo 131.3 da LCSP, a flexibilidade neste sentido aparenta ser máxima, pois “os contratos menores poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte” coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación”. Convén recordar para estes efectos que o Informe 1/2009, do 25 de setembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, foi taxativo ao excluír a equiparación de “habilitación profesional” con “solvencia técnica ou profesional” para identificala, en cambio, “cun requisito de legalidade” dirixido a “evitar que o sector público contrate cos que non exercen a actividade en forma legal”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Mesmo cando se tivese podido exceder o límite temporal de 1 ano, pero a conduta representase auténtica fraude de lei, como razoa o Informe 22/2018, do 17 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado.

¹⁰⁸ Neste sentido, VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, cit., p. 8, quen propón como “clave axeitada” a que denomina “técnica do triplo control”, fundada na “verificación de identidade na función técnica-económica, territorial e temporal”.

¹⁰⁹ Desta forma a habilitación empresarial ou profesional “fai referencia, máis que á capacitación técnica ou profesional, á aptitude legal para o exercicio da profesión de que se trata. Certamente as disposicións que regulan estes requisitos legais para o exercicio de actividades empresariais ou profesionais teñen en conta para outorgarlla que o empresario en cuestión conte con medios persoais e técnicos suficientes para desempeñalas, pero esta exixencia concíbese como requisito míni-

En calquera caso, ante a mención expresa pero exclusiva do artigo 131 á capacidade de obrar do empresario e á habilitación profesional que puidese resultar necesaria no caso concreto, cabería interpretar que a propia natureza e finalidade do contrato menor, a eficacia e axilidade que persegue, suavizan dalgún xeito as condicións de aptitude que establece con carácter xeral o artigo 65 da LCSP para contratar co sector público?¹¹⁰ Trátase dunha dúbida lóxica á vista dos termos discordantes empregados por ambos os dous preceptos, ao gardar silencio o primeiro deles en relación coa contratación menor sobre os requisitos relativos á solvencia económica e financeira, técnica ou profesional, e, en fin, a existencia de non estar incurso en prohibición de contratar.

A cuestión foi abordada polo citado Informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, que sanciona, á vista da normativa entón aplicable, que a rotundidade con que se regulan as condicións de aptitude do contratista non pode ser desprazada por un precepto que non só garda silencio para o efecto, sen pronunciarse de forma expresa sobre esa posible exclusión, senón que, ademais, ten unha finalidade diversa, xa que non pretende “establecer os requisitos que debe reunir o adxudicatario dos contratos menores, senón o feito de que estes poden adxudicarse directamente sen necesidade de observar os requisitos formais establecidos para os restantes procedementos de adxudicación”. Desta forma sostén que “a limitación de existencia de requisitos de aptitude á capacidade de obrar e ao título habilitante debe entenderse no sentido de que non é preciso acreditar documentalmente máis que a unha e o outro”¹¹¹, aínda que, “evidentemente, se a empresa adxudicataria se encontra en prohibición de contratar e esta circunstancia é do coñecemento do órgano de contratación, debe ser tida en conta”¹¹².

mo. Pola contra, cando a Lei de contratos do sector público fala de solvencia técnica ou profesional, por regra xeral faino pensando na necesidade de acreditar niveis de solvencia suficientes para a execución do contrato en cuestión, que por regra xeral serán superiores aos exixidos para simplemente poder exercer profesión de forma legal”.

¹¹⁰ Dispón este precepto de forma taxativa que “só poderán contratar co sector público as persoas naturais ou xurídicas, españolas ou estranxeiras, que teñan plena capacidade de obrar, non estean incursas nalgunha prohibición de contratar, e acrediten a súa solvencia económica e financeira e técnica ou profesional ou, nos casos en que así o exixa esta lei, se atopen debidamente clasificadas”. A iso sumarase, se é o caso, a acreditación que puidese corresponder “cando, por así determinalo a normativa aplicable, se lle requirisen ao contratista determinados requisitos relativos á súa organización, destino dos seus beneficios, sistema de financiamento ou outros para poder participar no correspondente procedemento de adxudicación”. En todo caso, os contratistas “deberán contar, así mesmo, coa habilitación empresarial ou profesional que, se é o caso, sexa exixible para a realización das prestacións que constitúan o obxecto do contrato”.

¹¹¹ Para tal efecto, sostén a Recomendación 1/2018, do 11 de abril, da Xunta Asesora de Contratación Pública do Goberno Vasco, que deberá xustificarse que “o obxecto social ou actividade económica da persoa contratista [...] se corresponde co do contrato”, debendo achegar o adxudicatario “declaración responsable ou referencia á súa inscrición” no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas”. Recomenda, polo demais, que se recolla este control nunha memoria final asinada polo órgano de contratación, ou ben no informe inicial “tras a verificación de ambos os dous aspectos, con indicación de que o obxecto social da empresa ou ben a actividade económica da persoa física contratista se corresponden co obxecto do contrato”.

¹¹² O teor literal deste precepto encontra reiteración entre os artigos reguladores dos contratos dos poderes adxudicadores que non teñan a condición de administracións públicas. E así, conforme o artigo 318 a) da LCSP “os contratos de valor considerado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, de concesións de obras e concesións de servizos, ou a 15.000 euros, cando se trate de contratos de servizos e subministracións, poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato”. Do mesmo modo, en relación cos contratos das entidades do sector público que non teñan o carácter de poderes adxudicadores, o artigo 321.2 a) da lei dispón, de forma practicamente idéntica, que “os contratos de valor considerado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros, cando se trate de contratos

A contratación menor encóntrase presidida así, en definitiva, polo principio de simplificación, auténtico faro que debe guiar a interpretación dos preceptos legais aplicables para o efecto. No empresario deben concorrer necesariamente os requisitos de aptitude do artigo 65 da lei para erixirse en contratista do sector público aínda cando sexa dun contrato menor, sen prexuízo de que a restrición procedemental que preside a adxudicación e execución deste tipo de contratos movese o lexislador a optar por non impor a súa acreditación, facendo “primar a celeridade do procedemento e a súa eficacia ás estritas exixencias de seguridade xurídica que si son propias doutros contratos de maior transcendencia económica”¹¹³. Non obstante, a potestade fiscalizadora, a prerrogativa de inspección que acompaña o sector público durante a preparación, adxudicación e posterior execución contractual permítenlle ao órgano de contratación solicitarlle en calquera momento ao empresario, en caso de que as súas condicións de aptitude lle xeren dúbidas, a exhibición da documentación correspondente¹¹⁴.

Chegados a este punto, requírese, en fin, para a culminación do expediente de contratación, a aprobación do gasto, isto é, a súa fiscalización previa, e a incorporación a este da factura correspondente, que deberá reunir, como é natural, os requisitos que as normas de desenvolvemento da LCSP establezan para o efecto¹¹⁵. É certo que a Lei de 2017 require no seu artigo 118 tramitación adicional para a preparación do contrato menor, en comparación coa regulación disposta ao respecto polo TRLCSP vixente ata o momento. Malia iso, non cabe ignorar o protagonismo indubidable que aínda corresponde á factura como elemento esencial do expediente do contrato menor¹¹⁶ e, aínda que o precepto é claro ao respecto, non cabe dúbida de que resultaría beneficiosa a solicitude de ofertas con transparencia e igualdade de trato entre potenciais adxudicatarios.

Resultan claves para o efecto os desenvolvementos autonómicos e locais que impuxeron mesmo por debaixo do limiar sinalado para iso para os contratos menores no artigo 118 da LCSP, a solicitude de varias ofertas, buscando así, en última instancia, a selección da máis vantaxosa e a motivación da adxudicación final en íntima conexión

de servizos e subministracións, poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación que, se é o caso, sexa necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato”.

¹¹³ ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, cit., p. 12.

¹¹⁴ Así o sostén ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, cit., p. 13, para quen “non é recomendable que esta posibilidade se converta na forma xeral de actuación do órgano de contratación, pois tal cousa alteraría a propia configuración xurídica do contrato menor”. Sobre o debate acerca da acreditación documental dos requisitos de aptitude para contratar en relación coa contratación menor resulta interesante a posición da Xunta Consultiva de Contratación de Canarias nos seus Informes 6/2009, do 30 de xullo, e 1/2015, do 19 de marzo. *Ver* ao respecto ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., pp. 6 e ss.

¹¹⁵ Sostén ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 7, que o órgano de contratación podería exixir outros trámites adicionais, sempre que non vulnere a simplificación propia do contrato menor.

¹¹⁶ Trátase, sen dúbida, na liña do disposto polo artigo 210 da LCSP, do documento que acredita o cumprimento do contratado, o seu alcance, e a recepción da prestación, ademais do que certifica o seu prezo ou importe final. Debe recordarse, en todo caso, que conforme o artigo 72 do Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, “nos contratos menores poderá facer as veces de documento contractual a factura pertinente”, que deberá contar, en todo caso, coa “conformidade do servizo competente coa prestación recibida”.

co principio de eficiencia¹¹⁷. Trátase, en suma, de dar cun equilibrio axeitado¹¹⁸ –difícil, para que negalo, pero non imposible– entre os principios de transparencia, competencia e igualdade de licitadores, que deberían actuar en detrimento da opacidade e das corruptelas instauradas en relación con esta forma de contratar, e a propia axilidade da contratación menor, cuxa lixeireza non deba entorpecerse nin burocratizarse en exceso, posto que as súas vantaxes para a satisfacción de necesidades públicas inmediatas de escasa contía resultan palmarias¹¹⁹. Así se desprende da propia filosofía inspiradora da nova lei, claramente favorable a unha minoración do peso relativo da contratación menor no noso sector público a pesar dos vaivéns experimentados polo artigo 118 desde a súa aprobación.

En todo caso, a LCSP mantén tres supostos especiais de contratos menores cuxa tramitación simplifica aínda máis respecto do disposto no seu artigo 118. Dun lado, os previstos no artigo 131.4 da lei, relativos á prestación de asistencia sanitaria en supostos de urxencia e cun valor considerado inferior a 30.000 euros, aos que non se aplican as disposicións legais relativas á preparación e adxudicación do contrato, chegando con que, ademais de xustificarse a urxencia, se determine o obxecto da prestación, fixándose o prezo a satisfacer pola asistencia e designando o órgano de contratación a empresa á cal lle corresponderá a execución¹²⁰.

Doutro, os considerados polo artigo 310 para “a prestación de actividades docentes en centros do sector público desenvolvidas en forma de cursos de formación ou perfeccionamento do persoal ao servizo da Administración ou cando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboracións ou calquera outro tipo similar de actividade, sempre que esas actividades sexan realizadas por persoas físicas”. Son supostos que quedan tamén á marxe das disposicións da lei relativas á preparación e adxudicación do contrato, bastando a designación ou nomeamento por autoridade competente para acreditar a existencia do contrato¹²¹.

E, en última instancia, os celebrados ao abeiro da disposición adicional novena da lei para a subscripción a revistas e outras publicacións, calquera que sexa o seu soporte, así como para o acceso á información contida en bases de datos especializadas e, na

¹¹⁷ Vid. ao respecto, sobre a solicitude de ofertas ou a elección motivada da oferta máis vantaxosa para o contrato menor, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit. en relación coas experiencias e documentación autonómica alí citadas.

¹¹⁸ A iso refírese tamén MUÑOZ PEDRAZ, A.M., “Sobre la trascendencia del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, en materia de contratos menores ¿practicidad u opacidad?”, *Actualidad Administrativa*, n. 6, 2020, p. 2, quen refire “unha sorte de loita de equilibrios” no contrato menor, perseguíndose “un balance entre a evidente necesidade de subscribir aqueles e o certo escurantismo que os rodea”.

¹¹⁹ E así, xunto ao procedemento aberto simplificado que recolle o artigo 159 da LCSP, que admite, ademais, en ocasións, un procedemento simplificado aínda máis abreviado, establécese para a contratación menor un procedemento de adxudicación directa que, en ocasións, para certas contías, as comunidades autónomas e entidades locais viñeron completar, ao exixir na súa regulación propia a solicitude de varias ofertas ou o cumprimento de trámites específicos para a súa adxudicación, por exemplo, a propia motivación da proposta de adxudicación, dando lugar así a unha modalidade propia que cabería acusar de adxudicación directa simplificada. VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, cit., pp. 38 e ss., alerta sobre a “maior complexidade” que iso podería supor para os contratistas, “que se ven sometidos a requisitos diferentes en función da Administración coa que se relacionen”.

¹²⁰ Disposición adicional 24ª do anterior TRLCSP.

¹²¹ Artigo 304 do anterior TRLCSP.

medida en que resulten imprescindibles, os servizos necesarios para a subscrición ou a contratación citadas anteriormente, sempre que a súa contía sexa inferior ao limiar establecido para a súa suxeición a regulación harmonizada, que poderán efectuarse conforme o disposto para os contratos menores “e con suxeición ás condicións xerais que apliquen os provedores, incluíndo as referidas ás fórmulas de pagamento”¹²².

Polo demais, o artigo 36 da LCSP vincula, con carácter xeral, a perfección dos contratos celebrados polos poderes adxudicadores á súa formalización¹²³). Quedan exceptuados, non obstante, da vixencia desta regra os contratos menores, os baseados nun acordo marco e os específicos no marco dun sistema dinámico de adquisición. Son contratos que pola súa propia singularidade se perfeccionan ao momento da súa adxudicación. Non en van, polo que se refire aos contratos menores, definidos no artigo 118 da LCSP, se distinguen por un expediente de contratación sumamente simplificado, que tan só exige, con carácter xeral, o informe do órgano de contratación en que se motive a necesidade do contrato e o non fraccionamento do seu obxecto, así como a aprobación do gasto e, en fin, a incorporación da factura correspondente.

Conforme o artigo 153.2 da lei, os documentos a que se refire aquel precepto acadarán para acreditar a súa existencia e cumprir co carácter formal e a práctica xeneralización da forma escrita que sanciona para a contratación do sector público o artigo 37.1 da lei, sen necesidade de formalización expresa¹²⁴.

3.4 Transparencia e publicidade na contratación menor

A LCSP trouxo consigo novas obrigas en materia de transparencia desde a perspectiva da contratación menor. E así, resolve as interrogantes formuladas a causa da imprecisión e escasa calidade técnica do enunciado do artigo 8.1 a) da Lei 19/2013, do

¹²² Para tal efecto a disposición adicional 9ª da LCSP dispón, apartado primeiro *in fine*, seguindo, para tal efecto, a pauta da súa antecesora no TRLCSP, que “o aboamento do prezo, nestes casos, se fará na forma prevista nas condicións que rexan estes contratos, sendo admisible o pagamento con anterioridade á entrega ou realización da prestación, sempre que iso responda aos usos habituais do mercado”. É máis, o seu apartado segundo estende ás entidades do sector público contratantes a consideración de consumidores, para os efectos previstos na lexislación de servizos da sociedade da información e comercio electrónico, cando este tipo de contratos se asinen por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos. Non en van, trátase de acordos contractuais sempre problemáticos pola propia presión das editoriais, en especial as estranxeiras, como ben subliña GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Los contratos menores en la Nueva Ley de contratos del sector público”, *Blog Global Politics and Law. Un sitio de política y Derecho*, 20 de novembro de 2017, o que fai que en moitas ocasións se trate de meros contratos de adhesión por parte das administracións públicas contratantes. RIERA LÓPEZ, M., “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, cit., pp. 61 e ss., reflexiona sobre como o afán de facilitar e axilizar o procedemento de contratación do sector público achandou o camiño non só cara a un posible fraccionamento, senón tamén ao uso desmesurado da figura do contrato menor, analizando, en particular, o caso singular da subscrición a revistas e outras publicacións.

¹²³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, 2011, p. 341, pregúntase a que obedece a ficción do cambio “meramente terminolóxico” relativo ao momento perfecto do contrato sancionado polo ordenamento xurídico español, dado que na práctica se impón, na súa opinión, á vista da regulación da cuestión pola lexislación entón vixente en materia de contratación pública, agora en boa medida reproducida de forma pacífica pola nova LCSP, “a evidencia do seu real nacemento coa adxudicación, que segue sendo o decisivo e no cal se concentran as medidas de control”, dado que nada pode cambiar a formalización “do xa decidido, do xa completamente determinado pola adxudicación”.

¹²⁴ RÍOS MARTÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de cuarta generación*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 273 e ss., mostrouse crítica co mantemento do *statu quo* anterior respecto aos contratos menores, “sen facer distinción en canto á súa utilización, polo que de igual xeito se pode acudir a esta figura nun municipio de pequena poboación, coa repercusión que ese gasto terá nas partidas orzamentarias, ou nun ministerio”.

9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, que, tras dispor que todos os suxeitos incluídos no ámbito de aplicación do título I da lei¹²⁵ deben facer pública, como mínimo, a información relativa a “todos os contratos, con indicación do obxecto, duración, o importe de licitación e de adxudicación, o procedemento utilizado para a súa celebración, os instrumentos a través dos que, se é o caso, se publicou, o número de licitadores participantes no procedemento e a identidade do adxudicatario, así como as modificacións do contrato”, sanciona, de forma certamente críptica, que a publicación da relativa aos contratos menores “poderá realizarse” trimestralmente, abrindo en consecuencia interrogantes acerca do carácter preceptivo ou meramente potestativo da citada publicación en relación coa contratación menor.

En efecto, debe entenderse que ese “poderá” se refire á posibilidade de optar ou non pola publicación? Ou impón, quizais, a publicación permitindo o emprego potestativo de prazos diversos ao trimestral que establece como garantía mínima? As dúbidas formuladas motivaron, no seu momento, a publicación dunha nota informativa do Ministerio da Presidencia sobre a Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno e a publicidade dos contratos menores, na cal se advertía de forma expresa que “as obrigas con respecto á publicidade dos contratos públicos que emanan da lexislación sobre transparencia son complementarias e, no caso dos contratos menores, máis amplas que as que establece a lexislación sobre contratación pública”.

Convén recordar, en todo caso, que o contrato menor se perfecciona no momento da súa adxudicación, razón pola que tanto o artigo 118.6 da lei, ao referirse á publicación do contrato menor, como o 154.5, relativo ao anuncio da súa formalización, se remiten ao unísono ao artigo 63.4 da lei, que dispón a publicación da información relativa aos contratos menores como mínimo de forma trimestral no perfil de contratante con carácter preceptivo¹²⁶, destacando, para tal efecto, o “deberá” que sanciona rotundamente o precepto fronte ao “poderá” que establece o artigo 8 da Lei 19/2013, do 9 de decembro. O seu enunciado dispón, a este respecto, que “a información a publicar para este tipo de contratos será, polo menos, o seu obxecto, duración, o importe de adxudicación, incluído o imposto sobre o valor engadido, e a identidade do adxudicatario, ordenándose os contratos pola identidade do adxudicatario”. Facilita así o cómputo e a valoración da contía contratada con cada adxudicatario particular¹²⁷.

¹²⁵ Isto é, non só as administracións públicas para os efectos da Lei 19/2013, do 9 de decembro, senón todo o ámbito subxectivo enunciado polo seu artigo 2.1.

¹²⁶ Sobre a tramitación do actual artigo 63 da LCSP e a atención que recibiu no Congreso dos Deputados, *vid.* LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. e ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, cit., pp. 6 e ss. En concreto, sobre a valoración do momento en que se entende que un contrato menor existe e, polo tanto, comeza a contar o trimestre establecido para darlle publicidade, *vid.* VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, cit., p. 6, así como a doutrina administrativa alí citada.

¹²⁷ Facilitando, nun primeiro momento, o control de que non se superasen as contías definidas polo lexislador no enunciado orixinal do artigo 118 da LCSP.

Trátase, con carácter xeral, da información que haberá que comunicar tamén, por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos¹²⁸, ao Rexistro de Contratos do Sector Público a teor do disposto polo artigo 346.3 da LCSP¹²⁹. Un mecanismo de publicidade ou transparencia relativa, en canto o acceso aos seus datos está aberto aos órganos das administracións públicas que os precisen para o exercicio das súas competencias legalmente atribuídas, atopándose tan só parcialmente dispoñible para o público, que unicamente poderá acceder a datos que non teñan o carácter de confidenciais, coas limitacións que impoñan para iso as normas sobre protección de datos de carácter persoal, sempre que non fosen previamente publicados de modo telemático e a través de Internet. O seu mantemento está previsto, fundamentalmente, para os efectos de facilitar o control da contratación pública en España. E así, o Goberno enviará anualmente un informe sobre a materia ás Cortes Xerais, a partir dos datos e análises proporcionadas polo Rexistro. Informe que deberá pórse en coñecemento, así mesmo, da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia¹³⁰.

O control da contratación pública atópase tamén detrás da remisión de contratos que sanciona o artigo 335 da LCSP ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma correspondente. Trátase de facilitar o exercicio dunha función fiscalizadora externa e *a posteriori*, de forma que, polo que se refire aos contratos menores, o enunciado do precepto impón a remisión dunha relación dos contratos menores celebrados, dentro dos tres meses seguintes á súa formalización, onde se consignará a identidade do adxudicatario, o obxecto do contrato e a súa contía. A relación, ordenada por adxudicatario, poderá realizarse directamente por vía electrónica desde a plataforma de contratación onde teña localizado o seu perfil de contratante o órgano de contratación correspondente¹³¹.

En suma, deixan de considerarse absolutamente opostos ou enfrontados os termos “contrato menor”, “publicidade” e “transparencia”, aínda que convén chamar a atención sobre unha práctica certamente opaca, aberta precisamente pola súa escasa claridade a abusos e corruptelas de diversa tipoloxía, que lonxe de embridarse se consolidou no enunciado da nova LCSP¹³². Refírome, en concreto, á exoneración de practicamente calquera requirimento formal de transparencia ou de control daqueles contratos menores cuxo valor estimado fose inferior a 5.000 euros, sempre que

¹²⁸ Na forma que determine o ministro de Facenda e Función Pública.

¹²⁹ Debe tomarse en consideración que, conforme o apartado 6 do precepto, se a Administración pública correspondente dispón de Rexistro de Contratos análogo no seu ámbito de competencias, a comunicación e o intercambio de datos poderán efectuarse entre os respectivos rexistros de contratos.

¹³⁰ Recae sobre o Ministerio de Facenda e Función Pública, conforme o artigo 346.8 da LCSP, a obriga de facerse cargo desta posta en coñecemento tras a elevación do informe polo Goberno ás Cortes Xerais.

¹³¹ Deberán comunicarse así mesmo as posibles variacións de prazos, de prezo e o importe final, a nulidade e a extinción normal ou anormal dos contratos indicados, sen prexuízo, en todo caso, das facultades destes órganos de fiscalización externos para reclamar cantos datos, documentos e antecedentes estimen pertinentes en relación cos contratos de calquera natureza e contía que se celebren.

¹³² Neste sentido, sobre o papel cualificado que corresponde á publicidade como freo á corrupción e garante da competencia e eficiencia económica en relación, en particular, co contrato menor, *vid.* DURÁN RUIZ DE EGUILAZ, H., “La falta de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el contrato menor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía”, *Altheia. Cuadernos Críticos del Derecho*, n. 2, 2016, pp. 59 e ss., así como a doutrina alí citada.

o sistema de pagamento utilizado polos poderes adxudicadores fose o de anticipo de caixa fixa ou outro sistema similar para realizar pagamentos menores¹³³.

Son contratos de escasa contía, adxudicados de forma directa e perfeccionados coa mera selección do contratista adxudicatario polo órgano de contratación, sen necesidade nin tradición práctica de solicitar, por outra parte, varias ofertas, en consonancia coa propia flexibilidade atinente aos pagamentos satisfeitos mediante o sistema de anticipos de caixa fixa. Entende por tal o artigo 78.1 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, “as providións de fondos de carácter extraorxamentario e permanente que se realicen a pagadorías, caixas e habilitacións para a atención inmediata e posterior aplicación ao capítulo de gastos correntes en bens e servizos do orzamento do ano en que se realicen, de gastos periódicos ou repetitivos”. Desenvolve este concepto o artigo 1 do Real decreto 725/1989, do 16 de xuño, que regula os anticipos de caixa fixa, relacionando, a título meramente exemplificativo, “os referentes a axudas de custo, gastos de locomoción, material non inventariable, conservación, tracto sucesivo e outros de similares características”, que non terán a consideración, en calquera caso, de pagamentos a xustificar.

Pois ben, os contratos de valor considerado inferior a 5.000 euros satisfeitos a través deste sistema ou de calquera outro similar para realizar pagamentos menores quedan exceptuados da publicación no perfil de contratante, conforme o artigo 63.4, sen que deban comunicarse os seus datos básicos ao Rexistro de Contratos do Sector Público, en consonancia co disposto polo artigo 346.3¹³⁴, nin a súa relación ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma, en virtude do artigo 335.1.

A iso súmanse, polo demais, a excepción que sanciona o artigo 151 c) da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, ao eximir de fiscalización previa por parte da función interventora os “gastos menores de 5.000 euros cuxo pagamento se realice mediante o procedemento especial de anticipo de caixa fixa”, e a previsión do artigo 4.1 *in fine* da Lei 25/2013, do 27 de decembro, de impulso da factura electrónica e creación do rexistro contable de facturas no sector público, que permite ás administracións públicas excluír regulamentariamente da obriga do seu uso e presentación a través do punto xeral de entrada que corresponda aquelas facturas cuxo importe sexa de ata 5.000 euros.

Na súa redacción orixinal a LCSP exceptuaba da regulación dos contratos menores os gastos pagados a través do sistema de anticipo de caixa fixa, aínda que unicamente en relación coa súa publicidade, non así co resto de trámites e requisitos exixidos

¹³³ Para GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Los contratos menores en la Nueva Ley de contratos del sector público”, cit., non cabe dúbida que o grande problema a atallar é o abuso dos anticipos de caixa fixa, contratos que “non teñen o máis mínimo apoio documental, máis alá da factura de ter realizado a prestación, xa sexa de adquisición de bens ou de servizos ou de subministracións. A forma en que se pagan cunha enchedura case automática de contías fai que sexa moi complicado de controlar e que se poida eludir a través seu a normativa contable, orzamentaria e de contratación”.

¹³⁴ Que si exige, non obstante, para o suposto de contratos inferiores a 5.000 euros cuxo sistema de pagamento fose diverso, a comunicación de órgano de contratación, denominación ou obxecto do contrato, adxudicatario, número ou código identificativo do contrato e importe final. Curiosamente este é o único precepto relativo a estes contratos, de prezo inferior a 5.000 euros, que se refire de forma explícita ao imposto sobre o valor engadido para entendela incluído, en todo caso, no importe citado.

para a súa tramitación¹³⁵, sancionando con iso unha distinción capital na tramitación dos contratos menores en función da forma de realizar o pagamento. Deste xeito, o mesmo contrato menor tiña trámites diversos segundo fose pagado pola tesouraría do ente público ou mediante anticipo de caixa fixa. A reforma da LCSP efectuada polo Real decreto-lei 3/2020, do 4 de febreiro, dálle resposta á problemática formulada por esta vinculación de trámites contractuais e forma de pagamento, modificando o artigo 118.5 da lei para puntualizar agora de forma expresa que os contratos cuxo valor estimado non exceda os 5.000 euros e sexan pagados “a través do sistema de anticipos de caixa fixa ou outro similar para realizar pagamentos menores” non requiren de informe xustificativo previo, alcanzando, polo tanto, tan só coa aprobación do gasto e posterior incorporación ao expediente da factura.

A contratación menor demostra con iso a súa forza e resistencia no noso ordenamento xurídico, malia o debate e ás reiteradas críticas ocasionadas polo seu emprego –sumamente estendido– entre o noso sector público. Cabe destacar, para estes efectos, a posición abertamente contraria ao seu mantemento da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, xa que “(i) non vén exixida pola directiva; (ii) constitúe unha práctica completamente contraria aos principios inspiradores da contratación pública como a concorrència, non discriminación ou igualdade de acceso que debería ser, como máximo, excepcional; (iii) existe constancia e abundante crítica doutrinal e dos órganos de control externo acerca do abuso da figura do contrato menor. Debe recordarse que o principio de libre concorrència resulta de obrigado cumprimento para todo contrato e existen outros mecanismos máis garantes da libre concorrència e a regulación económica eficiente. Por todo iso, a CNMC recomendou a súa supresión e a súa tramitación como procedementos abertos simplificados”¹³⁶.

Non queda senón confiar en que a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación, creada polo artigo 332 da LCSP “coa finalidade de velar pola correcta aplicación da lexislación e, en particular, promover a concorrència e combater as ilegalidades, en relación coa contratación pública”, detecte e poña de manifesto, no exercicio das súas funcións, “incumprimentos específicos ou problemas sistémicos”, promovendo “a concorrència na contratación pública e o seguimento das boas prácticas”, á vez que verifica, tamén desde a perspectiva particular dos contratos menores, que “se apliquen coa máxima amplitude as obrigas e boas prácticas de transparencia, en particular as relativas aos conflitos de interese, e detectar as irregularidades que se produzan en materia de contratación”.

¹³⁵ *Vid.* ao respecto, PALACIOS ALBARSANZ, L.M., “Los contratos menores de importe inferior a cinco mil euros y su tramitación presupuestaria”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 6, 2020, pp. 5 e ss., para quen o sistema regulado era, en moitas ocasións, “inoperativo e de difícil cumprimento dado o tipo de gastos que, xeralmente, se aboan mediante anticipo de caixa fixa”. O autor refírese á posibilidade que permite ás entidades locais regular nas súas propias bases de execución do orzamento un sistema para realizar pagamentos menores, dando noticia do procedemento especial de execución de gastos de importe inferior a 5.000 euros aprobado polo Concello de Segovia.

¹³⁶ *Vid.*, en concreto, o estudo da Comisión E/CNMC/004/18, *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, do 7 de febreiro de 2019, p. 12, reiterando a posición que mantivera no seu informe anterior IPN/CNMC/010/15.

4 Reflexión final

Á luz de canto antecede, cabe afirmar que a reforma efectuada pola LCSP na materia que nos ocupa procurou implementar unha regulación máis restritiva e exixente, coa finalidade de facer do contrato menor un procedemento case excepcional, para atender necesidades puntuais e esporádicas, urxentes e perfectamente definidas¹³⁷. As limitacións impostas polo artigo 118 da lei non resultan aplicables, non obstante, ás obras, servizos e subministracións contratadas directamente a través dun servizo de compras centralizadas por unha contía inferior ás especificadas neste último precepto, sexa de ámbito estatal, como específica o propio artigo, sexa doutro ámbito, por analogía; de aí que se trate, en suma, dunha alternativa a explorar.

Non en van, cabe extraer unha conclusión clara e indiscutible da reforma en materia de contratación menor, e é que as distintas unidades do sector público deben planificar axeitadamente aquelas necesidades con que conten e que caiba considerar, evidentemente, predicibles; isto é, que resulten previsibles, independentemente de que sexan concretas e específicas para un momento temporal en particular ou, aquí está a grande innovación, periódicas e recorrentes¹³⁸. Só así poderán reducir ao mínimo de forma racional e eficiente o número de contratos menores que asinen.

Incide niso o artigo 28.4 da LCSP, que, aínda que limita a publicidade correspondente á planificación daqueles contratos suxeitos a regulación harmonizada, dispón de forma expresa que “as entidades do sector público programarán a actividade de contratación pública, que desenvolverán nun exercicio orzamentario ou períodos plurianuais e darán a coñecer o seu plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto no artigo 134 que polo menos recolla aqueles contratos que quedarán suxeitos a unha regulación harmonizada”.

E é que non se trata tanto de extirpar e eliminar a contratación menor da práctica e da actuación do sector público como de reconducila a unhas canles máis axeitadas¹³⁹. En realidade, a problemática inherente ao seu emprego ten máis que ver co seu mal uso, sen dúbida repetitivo e abusivo, que coa figura en si, sen que iso alcance a ocultar as evidentes vantaxes que corresponden ao contrato menor desde outras perspectivas. Así, entre outras, permite que a contratación pública se abra a todos aqueles pequenos provedores que non están preparados para afrontar os retos que suscita e exige a nova tramitación electrónica imposta pola LCSP; serve ao axeitado funcionamento da Administración e á satisfacción de intereses públicos que exige

¹³⁷ Responde, en definitiva, á convicción expresada antes da aprobación da LCSP, entre outros, por VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., p. 399, para quen “tendo constatado que a contratación menor é campo fertilizado para prácticas irregulares [...], o lexislador debe cuestionar hoxe a súa propia existencia, comprometida polo espírito das normas europeas”.

¹³⁸ Así o subliña VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, cit., pp. 6 e ss., para quen a nova LCSP implica un cambio radical en relación coa actividade contractual do sector público con importantes consecuencias entre as que destaca, significativamente, a “exigencia de planificación”.

¹³⁹ Canles que haberá que clarificar e endurecer, en opinión de MUÑOZ PEDRAZ, A.M., “Sobre la trascendencia del Real decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, en materia de contratos menores ¿practicidad u opacidad?”, cit., p. 4, que se mostra contraria á eliminación do límite cuantitativo na contratación cun mesmo licitador efectuada polo Real decreto-lei 3/2020, do 4 de febreiro.

unha resposta inmediata no quefacer diario da Administración; e pode servir para fomentar a participación de autónomos e micropemes locais na contratación coa Administración local¹⁴⁰.

A nova lei ofrece, en tal sentido, mecanismos diversos para atender aquelas exixencias correntes que puidesen presentarse de forma habitual e constante ao órgano de contratación. Son sistemas concibidos e regulados para a racionalización da contratación pública¹⁴¹. Cabe citar, entre eles, os acordos marco¹⁴², os sistemas dinámicos de contratación¹⁴³, as centrais de contratación¹⁴⁴ e os contratos de subministracións ou servizos en que o empresario se obrigue a entregar unha pluralidade de bens ou a executar o servizo de forma sucesiva e por prezo unitario, sen que o número total de entregas ou prestacións incluídas no obxecto contractual se defina con exactitude ao momento da súa celebración, por estar subordinado ás necesidades cotiás e cambiantes da Administración¹⁴⁵, por non falar, en fin, das posibilidades que formula o uso do procedemento aberto simplificado e, especialmente, do abreviado ou sumario.

Corresponderalle, en fin, a cada entidade concreta do sector público analizar o punto de partida en que se atopa, planificar o gasto público que deba realizar en materia de contratación pública e programar, en consecuencia, os seus procedementos de licitación en función das necesidades reais e previsibles con que conta, buscando optimizar, en todo caso, a eficiencia e racionalidade de cada un dos expedientes de contratación que tramite.

¹⁴⁰ Así, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público", cit., pp. 75 e ss., para quen "o contrato menor segue sendo un 'contrato necesario'. Prescindir da súa utilización antólase complicado".

¹⁴¹ Incide TERRÓN SANTOS, D., "La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores", cit., na dificultade, aínda que de carácter temporal, que supón, especialmente para a Administración local, o atraso na plena implantación e desenvolvemento de ferramentas electrónicas de contratación pública, "cuxa ausencia en determinados entes –os de carácter local, sobre todo– é, polo momento, o gran valedor do contrato menor". Sobre o impulso á contratación electrónica na LCSP *vid.*, con maior profundidade, CASARES MARCOS, A., "Retos y oportunidades derivados de la implantación de la contratación pública electrónica", *Revista CEFLegal*, n. 218, 2019, pp. 81 e ss.; e, máis recente, "La apuesta por la contratación pública electrónica", Quintana López, T. (dir.); Rodríguez Escanciano, S. e Casares Marcos, A. (coords.), *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 443 e ss.

¹⁴² Regulados nos artigos 219 a 222 da LCSP. Conforme o artigo 219.1, "un ou varios órganos de contratación do sector público poderán celebrar acordos marco cunha ou varias empresas co fin de fixar as condicións a que deberán axustarse os contratos que pretendan adxudicar durante un período determinado, en particular polo que respecta aos prezos e, se é o caso, ás cantidades previstas, sempre que o recurso a estes instrumentos non se efectúe de forma abusiva ou de modo que a competencia se vexa obstaculizada, restrinxida ou falseada".

¹⁴³ Regulados nos artigos 223 a 226 da LCSP. Conforme o artigo 223.1, "os órganos de contratación poderán articular sistemas dinámicos de adquisición de obras, servizos e subministracións de uso corrente cuxas características, xeralmente dispoñibles no mercado, satisfagan as súas necesidades, sempre que o recurso a estes instrumentos non se efectúe de forma que a competencia se vexa obstaculizada, restrinxida ou falseada".

¹⁴⁴ Reguladas nos artigos 227 a 230 da LCSP. Conforme o artigo 227.1, "as entidades do sector público poderán centralizar a contratación de obras, servizos e subministracións, atribuíndoas a servizos especializados". Trátase, en suma, de instrumentalizar a adquisición de bens ou servizos para o sector público a través de sistemas centralizados.

¹⁴⁵ Regulados nos artigos 16.3 a) e 17, así como na disposición adicional 33ª da LCSP. Nestes supostos, que non poderán acadar, en todo caso, os servizos que impliquen exercicio da autoridade inherente aos poderes públicos, apróbbase un orzamento máximo, aínda que queda sen definir con exactitude a contía total no momento de asinar o contrato, por estar subordinadas as entregas ás necesidades reais do adquirente.

Bibliografía

- ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017”, *La Administración al Día*, 19 de febreiro de 2019. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/>.
- AYMERICH CANO, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015.
- BATET, M.P., “El retorno de Chucki”, *La parte contratante*, 7 de marzo de 2019. Disponible en: <https://lapartecontratante.blog/2019/03/07/el-retorno-de-chucki-por-m-p-batet/>.
- BERROCAL HERNÁNDEZ, A. e FERNÁNDEZ MONTERO, P., “La Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre el contrato menor: Lectura [muy] crítica”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 11, 2019.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Madrid, 2018.
- CAMPOS, C., “Crónica de una muerte anunciada la racionalización del contrato menor”, *masqleyes: hablando de leyes que no hacen milagros*, 5 de febreiro de 2020. Disponible en: <http://concepcioncampos.org/cronica-de-una-muerte-anunciada-la-racionalizacion-del-contrato-menor/>.
- CANDELA TALAVERO, J.E., “El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor”, *Auditoría Pública*, n. 53, 2011.
- CARBONERO GALLARDO, J.M., “Calificación de contratos y actos de trámite. Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de Contratos del Sector Público 2017”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, do 1 de maio de 2020.
- CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10, 2018.
- CASARES MARCOS, A., “Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, Martínez Fernández, J.M. e Bocos Redondo, P. (coords.), *Contratación del Sector Público Local*, T. I, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- CASARES MARCOS, A., “Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución”, García Romero, M.B. e Pardo López, M.M. (dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson Reuters, Madrid, 2018.
- CASARES MARCOS, A., “Retos y oportunidades derivados de la implantación de la contratación pública electrónica”, *Revista CEFLegal*, n. 218, 2019.
- CASARES MARCOS, A., “La apuesta por la contratación pública electrónica”, Quintana López, T. (dir.); Rodríguez Escanciano, S. e Casares Marcos, A. (coords.), *La*

REGAP



ESTUDIOS

- contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE SOLAS RAFECAS, J.M., “El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada y el de la libertad de pactos en la Administración”, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003.
- DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, *Gabilex*, n. 12, 2017.
- DÍEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/>.
- DRAGOS, D.C., “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, Bovis, C.H. (ed.), *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016.
- DURÁN RUIZ DE EGUILAZ, H., “La falta de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el contrato menor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía”, *Altheia. Cuadernos Críticos del Derecho*, n. 2, 2016.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., “Delito de prevaricación administrativa. Adjudicación irregular de contratos”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 178, 2015.
- FIASEP, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, *Contratación del Sector Público Local*, T. I, La Ley y El Consultor, Madrid, 2008.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, J., “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, *Revista de Derecho Local*, n. 44, 2016.
- GIMENO FELIÚ, 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 de Estudios de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J.M. e MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OREISCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como>.
- GONZÁLEZ, J., “Nuevo cambio en la LCSP: los contratos menores para la ciencia”, *Global Politics and Law*, 12 de febreiro de 2019. Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2019/02/11/nuevo-cambio-en-la-lcsp-los-contratos-menores-para-la-ciencia/>.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Los contratos menores en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Blog Global Politics and Law. Un sitio de política y Derecho*, 20 de noviembre de 2017.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Las instrucciones de la oficina ‘independiente’ de regulación y supervisión de la contratación”, *Hay Derecho*, 7 de marzo de 2019. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/07/las-instrucciones-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion/>.
- LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. e ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 3, 2018.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “El cerco a los contratos menores”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 194, 2016.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 20, 2017.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, 2018.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, 2011.
- MORENO IBÁÑEZ, I., “Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, 2018.
- MORENO MOLINA, J.A., “Compras de menor cuantía y sistemas dinámicos de adquisición”, *Contratos del Sector Público: escenario 2020*, n. II, do 1 de maio de 2020.
- MORENO MOLINA, J.A. e PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012.
- MUÑOZ PEDRAZ, A.M., “Sobre la trascendencia del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, en materia de contratos menores ¿practicidad u opacidad?”, *Actualidad Administrativa*, n. 6, 2020.
- NEVADO-BATALLA MORENO, P.T., “Algunas reflexiones sobre formación y control de las decisiones públicas”, *La Administración al día. Estudios y comentarios*, INAP, Madrid, edición do 20 de xullo de 2017.
- ORQUÍN SERRANO, J., “Adiós a los límites de la contratación menor”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, abril 2020.
- ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, do 1 de maio de 2020.
- PALACIOS ALBARSANZ, L.M., “Los contratos menores de importe inferior a cinco mil euros y su tramitación presupuestaria”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 6, 2020.
- PINTOS SANTIAGO, J. (dir.), *Todo sobre el contrato menor*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2020.

- PLEITE GUADAMILLAS, F., “Un contrato no tan menor”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2018.
- RIERA LÓPEZ, M., “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, *Auditoría Pública*, n. 61, 2013.
- RÍOS MARTÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de cuarta generación*, Atelier, Barcelona, 2016.
- TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 196, 2019.
- VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 159, 2019.
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 156, 2018.
- VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 93, 2015.
- VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, *Gabilex*, n. extraordinario, vol. I, 2019.

Retos legais do uso do *big data* na selección de suxeitos a investigar pola Inspección de Traballo e da Seguridade Social

Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

Legal challenges of the use of big data in the selection of subjects to be investigated by the Labour and Social Security Inspectorate



ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

Profesor axudante doutor de Dereito do Traballo e da Seguridade Social

Universidade de Valencia

Orcid 0000-0001-7538-4764

adrian.todoli@uv.es

Recibido: 19/05/2020 | Aceptado: 03/07/2020

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4354>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Planear axeitadamente unha estratexia de inspeccións é clave para detectar a fraude *a posteriori*, así como para proactivamente previr que existan incumprimentos da norma. Entre as fórmulas tradicionais para seleccionar os suxeitos obxecto dunha inspección introduciuse recentemente o uso do *big data* e os algoritmos. Esta tecnoloxía promete mellorar os “acertos” á hora de seleccionar que empresas se van investigar por posibles ilícitos ou fraudes. Non obstante, isto pode presentar problemas xurídicos respecto á protección dos datos usados pola Administración e tamén na aplicación do principio de igualdade e non discriminación na selección de obxectivos da Inspección. Habitualmente, as normas para evitar vulneración de dereitos fundamentais dos cidadáns exigen transparencia da Administración, a chamada “transparencia algorítmica”. Non obstante, como se discute neste traballo, a dita transparencia podería frustrar os obxectivos perseguidos no uso da ferramenta. Neste artigo analízase, por unha banda, o uso do *big data* na planificación estratéxica de campañas de inspección e, por outra, os retos legais que iso representa, con especial recoñecemento dos principios aplicables e a incipiente doutrina xudicial en países dos nosos arredores.

Palabras clave: Algoritmos e Administración pública, *big data*, selección de suxeitos a investigar, transparencia algorítmica, IA e Administración pública, Inspección de Traballo e Seguridade Social.

Resumen: Planear adecuadamente una estrategia de inspecciones es clave para detectar el fraude a posteriori, así como para proactivamente prevenir que existan incumplimientos de la norma. Entre las fórmulas tradicionales para seleccionar los sujetos objeto de una inspección se ha introducido recientemente el uso del *big data* y los algoritmos. Esta tecnología promete mejorar los “aciertos” a la hora de seleccionar qué empresas se van a investigar por posibles ilícitos o fraudes. No obstante, esto puede plantear problemas jurídicos respecto a la protección de los datos usados por la Administración y también

en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la selección de objetivos de la Inspección. Habitualmente, las normas para evitar vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos exigen transparencia de la Administración, la llamada “transparencia algorítmica”. Sin embargo, como se discute en este trabajo, dicha transparencia podría frustrar los objetivos perseguidos en el uso de la herramienta. En este artículo se analiza, de un lado, el uso del *big data* en la planificación estratégica de campañas de inspección y, de otro, los retos legales que ello representa, con especial reconocimiento de los principios aplicables y la incipiente doctrina judicial en países de nuestro entorno.

Palabras clave: Algoritmos y Administración pública, *big data*, selección de sujetos a investigar, transparencia algorítmica, IA y Administración pública, Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Abstract: Properly planning an inspection strategy is key to detecting fraud *a posteriori*, as well as proactively preventing non-compliance with the standard. Among the traditional formulas for selecting the subjects to be inspected, the use of *big data* and algorithms has recently been introduced. This technology promises to improve the “hits” when selecting which companies to investigate for possible crimes or fraud. However, this may raise legal problems regarding the protection of the data used by the Administration and also in the application of the principle of equality and non-discrimination in the selection of objectives of the Inspection. Usually, the rules to avoid violation of Fundamental Rights of citizens require transparency from the Administration, the so-called “algorithmic transparency”. However, as discussed in this work, such transparency could frustrate the objectives pursued in the use of the tool. This work analyzes, on the one hand, the use of big data in the strategic planning of inspection campaigns and, on the other, the legal challenges that this represents, with special recognition of the applicable principles and the incipient judicial doctrine in countries around us.

Key words: Algorithms and Public Administration, big data, selection of subjects to investigate, algorithmic transparency, AI and Public Administration, Labour and Social Security Inspectorate.

SUMARIO: 1 A selección de suxeitos obxecto dunha investigación. 2 Retos legais: protección de datos e dereitos fundamentais afectados. 2.1 Aplicación do *big data* para seleccionar persoas xurídicas ou empresas. 2.2 Aplicación para a selección de persoas físicas ou autónomos. 2.2.1 Protección de datos e autónomos. 3 Límites xurídicos á aplicación de *big data* na loita contra a fraude laboral. 3.1 Decisións automatizadas e protección de datos. 3.2 Garantías fronte á toma de decisións automatizada. 3.3 Discrecionalidade administrativa na elección de suxeitos a investigar e garantías fronte á arbitrariedade ou discriminación. 4 *Big data* como método de selección da inspección na xurisprudencia comparada: Francia e Holanda. 5 Síntese dos retos legais na implantación do *big data* como método de selección de suxeitos a investigar e algunhas recomendacións. 6 Conclusións: vantaxes e límites do uso do *big data* na inspección. 6.1 Beneficios achegados. 6.2 Límites no uso do *big data*.

1 A selección de suxeitos obxecto dunha investigación

O dereito do traballo e da seguridade social parte, como presuposto habilitante da súa propia existencia, dun desequilibrio de poder entre as partes suxeitas a este. Isto non soamente ten efectos en materia de negociación de condicións de traballo, senón tamén nas posibilidades da parte débil de exixir o cumprimento dos seus dereitos. Por esta razón, a construción de ordenamento social, desde as súas orixes, veu acompañado da necesidade dunha vixilancia e control de carácter público do seu cumprimento. Isto realizouse e realízase, principalmente, a través da Inspección de Traballo e da Seguridade Social.

Actualmente existen diferentes fórmulas para conseguir o cumprimento da norma por parte dos obrigados; non obstante, a realización de indagacións e a proposta de

sancións en caso de descubrir un incumprimento seguen a ser as principais ferramentas con que conta o Estado para facer cumprir as súas normas¹.

Un exitoso programa de inspeccións non ten como consecuencia soamente os efectos directos en cada acción individual (en termos de conseguir o cumprimento do inspeccionado, por exemplo, a recadación obtida desa inspección). Pola contra, existen outros efectos indirectos, en moitos sentidos máis relevantes, para o mantemento xeral do nivel de cumprimento das normas².

En efecto, a existencia dun sistema eficiente de control que localice e castigue os que infrinxen a norma convencerá o resto de obrigados que cumprila redunda no seu beneficio³. Pola súa vez, incrementará a percepción de poder ser inspeccionado, algo que, de acordo co modelo estándar de cumprimento das normas, conducirá a un incremento do cumprimento voluntario⁴. Por último, un sistema de inspección que audite e castigue os que contraveñen a norma porá fin á competencia desleal entre as empresas, eliminando unha posible necesidade de incumprir para poder competir no mercado en igualdade de condicións.

Non obstante, a ninguén lle escapa que o proceso de inspección é un proceso intrusivo non moi benvido polas empresas⁵. Mesmo para as empresas que non infrinxen ningunha normativa, e non reciben ningún requirimento nin sanción, a presenza da Inspección nas súas instalacións e a solicitude de información é unha intromisión que altera a normal convivencia dentro desta. Sumado ao anterior, as inspeccións son un procedemento custoso, tanto en capital humano como financeiro para o Estado⁶.

A Inspección debe, por esta razón, usar os seus limitados recursos de xeito prudente para obter o máximo nivel de cumprimento coa mínima intrusión e os mínimos custos⁷. Planear axeitadamente unha estratexia de inspeccións é clave para detectar a fraude *a posteriori*, así como para proactivamente previr que existan incumprimentos da norma. É dicir, partindo da hipótese de que inspeccionar unha empresa que cumpre coa norma proporciona poucos beneficios á prevención da fraude, a selección dos suxeitos obxecto da inspección será esencial. O obxectivo, pois, será planificar

¹ OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, OECD Press, París, 2004, p. 6.

² OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, cit., p. 7.

³ GUPTA, M. e NAGADEVARA, V., "Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques", *Foundations of E-Government – Conference Proceedings, 11th International Conference on e-Governance*, Hyderabad, India, 2007, p. 378.

⁴ BECKER, G., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, n. 76-2, 1968, pp. 169-217; SRINIVASAN, T.N., "Tax Evasion: A model", *Journal of Public Economics*, n. 2, issue 4, 1973, pp. 339-346; YITZHAKI, S., "Income tax evasion: A theoretical analysis", *Journal of Public Economics*, n. 3, issue 2, 1974. ALLINGHAM, M.G. e SANDMO, A., "Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis", *Journal of Public Economics*, n. 1, 1972, pp. 323-338.

⁵ GUPTA, M. e NAGADEVARA, V., "Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques", cit., p. 378.

⁶ BONCHI, F., GIANNOTTI, F., MAINETTO, G. e PEDRESCHI, D., "A classification-based methodology for planning audit strategies in fraud detection", *KDD '99: Proceedings of the fifth ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, 1999, p. 176. Dispoñible en: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/312129.312224> (Consultado o 6 de abril de 2020).

⁷ GUPTA, M. e NAGADEVARA, V., "Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques", cit., p. 378.

estratexicamente a actuación inspectora de tal forma que cada inspección se realice sobre unha empresa que incumpra.

Neste sentido, parece que hai campo para a mellora nalgúns sectores. De acordo co Informe anual 2018 da Inspección de Traballo e Seguridade Social, en materia de contratación de traballadores, a actividade planificada ofreceu os seguintes resultados. Dun total de 55.640 actuacións, detectouse a comisión de 3.877 infraccións sancionables. Iso significa que o “acerto”, á hora de seleccionar as empresas obxecto da inspección durante unha campaña dirixida, foi do 6%⁸ aproximadamente. Respecto ao tempo de traballo, realizáronse 20.465 actuacións cun resultado de 5.230 infraccións⁹, o que implica un éxito do 25%.

En xeral, en materia de emprego e relacións laborais, incluíndo non só a actividade planificada, senón tamén aquela realizada como resposta a unha denuncia, o nivel de acerto á hora de realizar unha inspección que rematase na detección dun incumprimento sancionable foi do 12%¹⁰. Iso implica, en sentido contrario, que se usaron recursos da Inspección e se alterou o normal funcionamento dunha empresa nun 88% dos casos, sen que ese comportamento viñese xustificado pola gravidade do incumprimento desta¹¹.

Por outra banda, existe outro fenómeno que merece atención específica. En materia de prevención de riscos laborais no sector da construción, do total de 28.134 ordes de servizo, a suma de requirimentos e infraccións –aquí a memoria da Inspección non dá datos desagregados– foi de 32.345. Iso significa un acerto do 114% na actuación. Este non é un fenómeno específico da construción, dado que o acerto no resto de sectores se sitúa no 126%. Isto é, *grosso modo* e en termos xerais, en cada empresa visitada detectáronse de media 1,26 incumprimentos. Estes datos amosan conclusións preocupantes.

Dun lado, podería implicar un grande acerto por parte da Inspección de Traballo á hora de seleccionar que empresas son auditadas en materia de prevención de riscos. No entanto, sen información ningunha que faga pensar que existe un xeito distinto de seleccionar as empresas inspeccionadas nesta materia das anteriores que se acaban de ver, probablemente máis ben supoña un incumprimento sistemático nesta materia. Non obstante, iso non significa que a planificación estratéxica resulte innecesaria nesta materia, senón que o obxectivo da planificación en materia de prevención debería

⁸ Iso supondo que cada infracción foi a unha única empresa, sendo posible tamén que as sancións por contratación fraudulenta de traballadores temporais se concentrasen nunhas poucas empresas, o que reduciría aínda máis o nivel de acerto. Por outro lado, a memoria tamén recolle un total de 21.199 requirimentos. Iso significa, probablemente, que se atoparon irregularidades nesas empresas, aínda que de insuficiente relevancia como para seren sancionadas. Contando tamén cos requirimentos, o nivel de “acerto” situaríase no 45%.

⁹ Igualmente, neste caso, poderíanse engadir os 6.040 requirimentos que se realizaron nesta materia, dando un resultado de acerto neste caso do 55%.

¹⁰ Tendo en conta os requirimentos, o nivel de éxito sería do 40%.

¹¹ Todo iso aos ollos da propia Inspección de Traballo e da Seguridade Social, que, tras iniciar a inspección, decidiu non sancionar. Por suposto, tamén é posible que a decisión final de non sancionar viñese causada non porque non exista incumprimento que mereza ser sancionado, senón pola falta de probas que o acrediten. Non obstante, este argumento non resta razóns ao aquí sustentado. Se a Inspección audita unha empresa e finalmente non atopa probas suficientes para sancionar, non se terá producido o efecto indirecto en termos de prevención xeral tan necesario nestas actuacións e no uso de recursos.

ser distinto. Neste sentido, non se debería pretender atopar algún incumprimento, do tipo que sexa, por cada inspección, senón seleccionar as empresas que realizan os incumprimentos máis graves.

En efecto, a planificación estratéxica debe pretender sempre maximizar os resultados da actuación inspectora¹². Por isto, na planificación, o obxectivo será decidir auditar aquelas empresas onde existe un risco maior dun incumprimento *grave*. En materia de prevención de riscos laborais, esta diferenciación é sinxela de observar. Non será o mesmo, á hora de decidir auditar unha empresa ou outra, que unha incumpra unha normativa que implique un alto risco de accidente mortal que outra que implique riscos menores. Non se pon en dúbida a necesidade de auditar todas as empresas incumpridoras. Non obstante, sendo os recursos escasos, pode ter sentido priorizar estratéxicamente a redución dos accidentes máis graves.

Por esta razón, nos últimos anos impulsouse, desde moitas administracións¹³, o uso de tecnoloxías da información –*big data*, *data mining*, *machine learning*, algoritmos, intelixencia artificial, etc.– co obxecto de mellorar a selección das empresas a inspeccionar ou de obxectivos das campañas, baseándose no procesamento automatizado dos datos.

Este traballo ten como obxectivo discutir os beneficios e limitacións do uso da tecnoloxía do *big data* como forma de tomar decisións respecto a que empresas inspeccionar en materia de traballo e seguridade social. Para iso, na epígrafe 2 analizaranse os distintos modelos de selección de empresas obxecto desta inspección. A terceira epígrafe dedicarase ás mecánicas de funcionamento do sistema de valoración da fraude. A cuarta, á necesidade de avaliar os resultados. A quinta considera os retos legais en materia de protección de datos, intimidade e regulación antidiscriminatoria da implantación do sistema. O traballo remata concluindo coas vantaxes e límites desta tecnoloxía en materia de prevención da fraude.

Regap



ESTUDIOS

2 Retos legais: protección de datos e dereitos fundamentais afectados

O uso de algoritmos, a clasificación dos suxeitos mediante perfís de risco de incumprimento e o tratamento de datos de forma automatizada a través das técnicas descritas neste traballo co obxecto de seleccionar as empresas que cómpre inspeccionar pode formular múltiples problemas xurídicos. Por unha banda, as normas de protección de datos e, pola outra, as normas antidiscriminación e de protección da intimidade poden supor límites xurídicos ao uso destas técnicas.

A análise particularizada da legalidade do emprego destas técnicas dificilmente pode facerse neste momento de forma abstracta e *a priori* sen coñecer exactamente

¹² BONCHI, F., GIANNOTTI, F., MAINETTO, G. e PEDRESCHI, D., "A classification-based methodology for planning audit strategies in fraud detection", cit.

¹³ COMISIÓN EUROPEA, *Risk Management Guide for Tax Administrations*, Bruxelas, 2006. Dispoñible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax_cooperation/gen_overview/risk_management_guide_for_tax_administrations_en.pdf. OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, París, 2018, p. 13.

as mecánicas e o tipo de información que o sistema utiliza. Por iso, esta epígrafe límitase a sinalar os retos xurídicos que pode presentar este uso e os principios legais que deben orientar a adopción destas técnicas por parte da Inspección. Para efectuar esta análise, primeiro débese dividir a cuestión entre os suxeitos afectados: dun lado, o uso do *big data* para seleccionar persoas xurídicas ou empresas e, doutro, para seleccionar profesionais autónomos ou persoas individuais.

2.1 Aplicación do *big data* para seleccionar persoas xurídicas ou empresas

A necesaria segmentación respecto á selección de persoas xurídicas fronte á selección de persoas físicas parte da propia división realizada pola normativa. En efecto, o RXPDP circunscríbese á protección de *datos persoais*, incluíndo soamente os datos das persoas físicas e excluindo do seu ámbito de aplicación os datos das persoas xurídicas (art. 1 e 2 RXPDP)¹⁴.

Deste xeito, o tratamento automatizado de datos das empresas e o seu procesamento a través de técnicas de *big data* non vén protexido por esta normativa¹⁵. Serán os principios xerais, a obriga da Administración de rexerse baixo o principio de legalidade, de igualdade de trato e a prohibición de arbitrariedade os que determinarán as súas posibilidades de uso. Iso leva a que, no emprego do *big data* para a selección de empresas a investigar, á falta de normativa específica en materia de protección de datos, se apliquen os controis clásicos e habituais na Administración.

2.2 Aplicación para a selección de persoas físicas ou autónomos

En materia de vixilancia do cumprimento da normativa social, a Inspección tamén é a encargada de controlar a posible fraude de prestacións sociais recibidas por persoas físicas e o cumprimento da normativa laboral por parte de profesionais autónomos respecto á Seguridade Social propia e en canto á súa posición como empregador.

2.2.1 Protección de datos e autónomos

Unha primeira cuestión que xorde é se a normativa en materia de protección de datos persoais se aplica aos autónomos e profesionais no exercicio da súa profesión. A este respecto xorden dúbidas dado que, a pesar de que son persoas físicas, interactúan como empresarios no mercado. Esta cuestión foi tratada pola doutrina xudicial e chegou á conclusión de que se entende que soamente están excluídos do ámbito de

¹⁴ Expresamente, o artigo 4 define «datos persoais» como «toda información sobre unha persoa física identificada ou identificable («o interesado»); considerárase persoa física identificable toda persoa cuxa identidade poida determinarse».

¹⁵ Non obstante, téñase en conta que os datos da empresa ou da actividade empresarial quedarán excluídos da aplicación desta normativa, pero non os datos dos profesionais e traballadores (persoa física) que se atopen integrados na organización; ver Informe xurídico AEPD 2008/0371.

aplicación da normativa de protección de datos aqueles profesionais que exercen a súa actividade baixo a forma de persoa xurídica¹⁶.

En efecto, a Sentenza da Audiencia Nacional do 21 de novembro de 2002 (rec. 881/2000) considera que a publicación dos datos identificativos dos arquitectos está protexida pola LOPD, posto que son datos que *“se refiren a profesionais que non exercen a súa actividade baixo forma de empresa, non tendo en consecuencia a condición de comerciante á cal se refiren os artigos primeiro e seguintes do Código de comercio”*.

No mesmo sentido, a SAN do 11 de febreiro de 2004 (rec. 119/2002) sinala que *“no caso examinado o dato do afectado, aínda que se refira ao lugar de exercicio da súa profesión é un dato dunha persoa física cunha actividade profesional cuxa protección cae na órbita da Lei orgánica 15/1999”*.

Tamén o Tribunal Supremo –Sala 3.^a– en Sentenza do 20 de febreiro de 2007 (rec. 732/2003) é do mesmo parecer ao establecer que *“Está claro que os arquitectos e promotores a que se refire o litixio participan da natureza de persoas físicas e que non deixan de selo pola súa condición de profesionais ou axentes que interveñen no mercado da construción, polo que os datos persoais relativos a estes quedan amparados e suxeitos en canto ao seu tratamento informatizado ás previsións da LORTAD; e é que desde este punto de vista subxectivo a exclusión do ámbito de aplicación da LORTAD non vén determinado polo carácter profesional ou non do afectado ou titular dos datos obxecto de tratamento, senón pola natureza de persoa física ou xurídica titular dos datos, en canto só as persoas físicas se consideran titulares dos dereitos a que se refire o artigo 18.4 da Constitución”*.

Desta forma, os datos profesionais dos traballadores autónomos –en canto son persoas físicas– estarán amparados pola normativa en materia de protección de datos persoais vixente.

3 Límites xurídicos á aplicación do *big data* na loita contra a fraude laboral

3.1 Decisións automatizadas e protección de datos

Aclarado que a normativa en materia de protección de datos será aplicable tanto a profesionais autónomos como a persoas físicas –perceptores de prestacións sociais–, vaise agora analizar o réxime xurídico aplicable.

O RXPDP, no seu artigo 6.1 e), establece que o tratamento de datos das persoas físicas é lícito se *“é necesario para o cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes públicos conferidos ao responsable do tratamento”*. Así pois, co amparo da Lei 23/2015, do 21 de xullo, ordenadora do Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social –concretamente o seu artigo 18.2 e 18.4 –, a recollida e tratamento destes datos será lícita.

¹⁶ AEPD R/00598/2007.

Adicionalmente, aínda que a recollida de datos e o seu tratamento sexan lícitos conforme se acaba de ver, o artigo 22 do RXPDP fixa unha regra específica para a toma de decisións baseadas unicamente neste tratamento automatizado ou na elaboración de perfís. En concreto, este artigo prohibe¹⁷ que unha decisión final, que teña efectos xurídicos sobre o suxeito¹⁸, estea baseada unicamente neste tratamento automatizado ou perfil elaborado polo algoritmo sen intervención humana. Isto pode afectar de cheo ás posibilidades de seleccionar automatizadamente (ou mediante perfís de persoas físicas ou autónomos) os suxeitos a inspeccionar.

Non obstante, esta prohibición aplícase só se non existe ningún tipo de intervención humana na selección final do suxeito obxecto da inspección. En efecto, o artigo 22 RXPDP que aquí se analiza soamente prohibe a “decisión baseada *unicamente* no tratamento automatizado”. Por esta razón, se existe intervención humana *significativa* na toma de decisión, non será de aplicación esta imposibilidade¹⁹.

Neste sentido, nos casos en que a decisión final queda en mans do inspector, cuxa decisión será tomada conforme a súa experiencia usando unicamente o índice de risco de incumprimento como un factor a ter en conta, non parece que nos atopemos no suposto prohibido do artigo 22 RXPDP. Da mesma forma, se os plans estratéxicos e as campañas son decididos polos responsables da Inspección, tampouco parece que se estivese ante este suposto²⁰.

En calquera caso, unha vez máis, o artigo 22 RXPDP establece excepcións á súa aplicación. O regulamento permite que se elaboren decisións totalmente automatizadas, sempre que iso veña autorizado polo dereito nacional (art. 22.1 b RXPDP). Así, o artigo 16.3 da Lei 23/2015 considera a posibilidade de que a Inspección reciba datos cedidos pola Axencia Tributaria e a Seguridade Social, incluíndo os datos persoais obxecto de tratamento automatizado. Esta parece unha habilitación suficiente tendo en conta que a cesión de datos sempre é un exercicio máis intenso que o mero tratamento; así pois, poderíase soste que quen pode o máis pode o menos (se se permite legalmente a cesión dos datos, permítese o seu tratamento automatizado). Porén, en caso de que se desexa poder seleccionar os suxeitos obxecto da inspección sen intervención

¹⁷ Literalmente, o artigo 22 RXPDP non establece unha prohibición, senón que a regra se configura como “o dereito a non ser obxecto deste tipo de decisións”. Non obstante, como xa se discutiu e argumentou noutro lugar (TODOLÍ SIGNÉS, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 84, 2018), este dereito debe entenderse como unha prohibición tal como o interpreta o GT29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2016 (adoptadas o 3 de outubro de 2017), p. 13. Isto é, configúrase como unha prohibición –sen necesidade de reclamar activamente o dereito– aos responsables de datos de tomar as decisións con esta metodoloxía automatizada.

¹⁸ Na miña opinión, non parece que haxa dúbidas de que abrir unha inspección sobre unha persoa física ou un autónomo ten efectos xurídicos (ex., obriga de responder solicitudes de información, etc.), polo que este criterio estaría cumprido.

¹⁹ TODOLÍ SIGNÉS, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, cit.

²⁰ En calquera caso, recórdese que a intervención humana na toma de decisión debe ser significativa. Estase ante un concepto xurídico indeterminado en que se deberá analizar caso a caso o nivel de intervención. O que está claro é que, se os responsables da Inspección se limitan a validar a decisión tomada polo *big data* en todas as ocasións, podería non haber intervención suficiente para excluír estas proteccións. Neste sentido, para saber se o nivel de intervención humana é “significativo”, haberá que valorar con que frecuencia o responsable de recursos humanos adopta decisións finais nun sentido distinto ao formulado polo algoritmo ou a IA; TODOLÍ SIGNÉS, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, cit.

humana ningunha, sería recomendable unha actualización da normativa nacional que expresamente aclarase a posibilidade do tratamento automatizado e a elaboración de perfís con este obxectivo e establecese garantías suficientes de transparencia e antidiscriminación.

3.2 Garantías fronte á toma de decisións automatizada

A Comisión Europea, no seu *Libro branco sobre intelixencia artificial*²¹ alerta dunha serie de perigos existente no uso da IA, entre os que se atopa a opacidade dalgúns destes sistemas de *big data*, decisións algorítmicas discriminatorias contra colectivos protexidos ou decisións erróneas por un mal deseño dos algoritmos²². Co obxecto de evitar estes prexuízos, a Comisión Europea (2020) sostén a necesidade de establecer garantías a favor dos afectados por un sistema de intelixencia artificial.

A regulación proposta parte de que non todos os sistemas teñen a mesma incidencia sobre eses dereitos fundamentais; por iso, fórmase un sistema de garantías distinto dependendo do risco que teña a IA de afectar a eses dereitos fundamentais. Desta forma, podería haber ata cinco niveis baseados no risco de que unha intelixencia artificial afecte ou vulnere dereitos fundamentais. Isto é, dependendo dos seus potenciais efectos, requiriría desde a ausencia de garantías no caso dos sistemas de IA máis inocuos ata a prohibición absoluta no caso dos sistemas de intelixencia artificial máis perigosos.

En efecto, a doutrina vén sinalando desde hai tempo a posibilidade de que os sistemas de decisión automatizada conculquen dereitos fundamentais e a necesidade de garantías no seu uso²³. Neste sentido, pode indicarse como exemplo o uso por parte dos EE. UU. dun algoritmo para determinar a probabilidade de reincidencia dun suxeito que cometeu un delito. Neste caso, os xuíces utilizan esa probabilidade para determinar a duración das penas privativas de liberdade. Dado que a metodoloxía e o algoritmo usados para a avaliación do risco de reincidencia son descoñecidos para o defendido, alegouse violación do dereito de defensa e ao proceso debido dada a imposibilidade de impugnar esa valoración do risco nin de saber se esa valoración estaba nesgada ou era directamente discriminatoria (especialmente contra persoas de cor nos EE. UU.).

Non obstante, o Tribunal Supremo do estado de Wisconsin na Sentenza *State v. Loomis*²⁴ considerou que o feito de que o acusado non soubese a metodoloxía da avaliación do risco usada polo algoritmo non viola o seu dereito a un proceso debido nin a

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *Libro branco sobre a intelixencia artificial - Un enfoque europeo para a excelencia e a confianza*, COM (2020) 65 final, Bruxelas, 2020.

²² No mesmo sentido pronúnciase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019; COTINO HUESO, L., "Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y *big data*", Bauzá Reilly, M. (dir.), *El Derecho de las Tics en Latinoamérica*, La Ley, Uruguay, 2019; PONCE SOLÉ, J., "Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

²³ CRAWFORD, K. e SCHULTZ, J., "Big data and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms", *Boston College Law Review*, n. 55 (1), 2014.

²⁴ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), accesible *online* en: <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/2016/2015ap000157-cr.html> (Consultado o 17 de xullo de 2018).

unha sentenza individualizada, dado que o informe soamente é un máis dos factores tidos en conta polo xuíz para fixar a sentenza definitiva. Ademais, neste caso, sostense que non é posible entregar a información sobre o funcionamento do algoritmo nin a metodoloxía usada, posto que é un “segredo de empresa” (os informes son contratados pola Administración de xustiza a unha empresa privada).

Ante estas conclusións, a doutrina criticou a sentenza e sostivo a necesidade de que exista total transparencia na metodoloxía empregada polo algoritmo co obxecto de poder impugnar o informe e coñecer se esta estaba a usar criterios discriminatorios para realizar a valoración final do risco de reincidencia (ex., cor de pel)²⁵. En efecto, débese estar de acordo con estas críticas, e é que, cando a liberdade de circulación dunha persoa está en xogo, a liberdade de empresa ou o segredo empresarial non pode ser argumentación suficiente para permitir unha opacidade que impida coñecer posibles discriminacións.

Por esta razón, o RXPDP sinala que, mesmo cando unha lei nacional autorice o uso de mecanismos informáticos para tomar decisións automatizadas, será necesario que esta mesma normativa fixe controis e salvagardas dos dereitos e liberdades dos suxeitos afectados. Non obstante, conforme o criterio mantido pola Comisión Europea²⁶ na súa cualificación dos tipos de algoritmos segundo as súas consecuencias, parece claro que esas garantías deberán ser proporcionais aos efectos, máis ou menos intensos, que as decisións automatizadas teñan sobre o suxeito.

3.3 Discrecionalidade administrativa na elección de suxeitos a investigar e garantías fronte á arbitrariedade ou discriminación

A elección do suxeito a investigar, así como a orientación mediante plans de inspección desta, cualifícanse xuridicamente de actos discrecionais²⁷. Deste xeito, o inspector poderá elixir, baseándose na súa experiencia –como se fai tradicionalmente–, ou noutros datos ou informacións, os suxeitos obxecto do seu traballo. Da mesma forma, a confección de plans estratéxicos e operativos desde os mandos xerárquicos da inspección só vén elevar esa potestade discrecional a instancias superiores. Neste sentido, admítase pacificamente a inclusión neles de criterios de oportunidade e o establecemento de prioridades e estratexias para aplicar coa máxima eficiencia recursos limitados desta²⁸.

Ata aquí non parece que exista límite legal ningún para o uso do *big data* como soporte para a toma das ditas decisións. Non obstante, non está de máis recordar que

²⁵ BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Pública: Teoría y Método*, n. 1, 2020. FREEMAN, K., “Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in *State v. Loomis*”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, n. 18, 2016; MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State vs. Loomis*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, 2018, pp. 485-502.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Libro branco sobre a intelixencia artificial - Un enfoque europeo para a excelencia e a confianza*, cit.

²⁷ BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, 1998, p. 54; REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, Díez Sánchez, J.J. (coord.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: La función inspectora*, INAP, Madrid, 2013, p. 51.

²⁸ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 195.

a discrecionalidade non pode significar arbitrariedade e que ten límites, co obxecto de evitar abusos e discriminacións²⁹. Así, da mesma forma que na elección dos suxeitos a inspeccionar non sería lícito realizala baseándose exclusivamente na nacionalidade da empresa ou da persoa física, tampouco o *big data* podería levarnos a esa conclusión –nin sequera de forma indirecta– sen que existan razóns obxectivas distintas ao criterio discriminatorio que o xustifique.

Así pois, débese partir de que, *a priori*, non existe diferente réxime xurídico aplicable cando a decisión é tomada fundamentándose na experiencia do inspector, nos datos existentes, en criterios de oportunidade ou no *big data*. Isto é, o importante non reside na forma ou procedemento elixido para tomar a decisión, senón en comprobar que o resultado desta –a decisión– non sexa arbitrario ou discriminatorio.

O problema radica nas posibilidades de defensa do suxeito investigado. En efecto, nun caso ou outro, o suxeito seleccionado descoñecerá as razóns polas que saíu elixido, o que fará materialmente imposible demostrar en xuízo un trato nesgado ou discriminatorio da Inspección. Por esta razón, o artigo 20.2 da Lei 23/2015 establece que cómpre garantir a efectividade dos principios de igualdade de trato e non discriminación no exercicio da actividade inspectora. Ou sexa, é a Administración a obrigada a asegurarse de que as decisións non se toman en contra do principio de igualdade. Pola súa vez, este artigo garante a publicación das instrucións de organización de servizos, dos criterios operativos xerais e dos criterios técnicos vinculantes.

Desta forma, dun lado, a Administración ten a obriga de asegurar que o *big data* non estea a dar como resultado unha elección discriminatoria ou sen fundamento suficiente; por outro lado, será necesario garantir certo grao de transparencia nos criterios utilizados polo *big data* para tomar as súas decisións e establecer as porcentaxes de risco de incumprimento de cada empresa ou dos distintos sectores.

Isto é, non parece que sexa suficiente indicar que se elixiu unha empresa –ou un sector se falamos dun plan estratéxico– porque a ferramenta informática indica que ten maior risco de incumprir. Pola contra, a Administración terá a obriga de asegurar que o resultado final do índice de risco de incumprimentos non está baseado en criterios prohibidos (nacionalidade da empresa ou persoa física, sindicación ou non, etc.). A analoxía coas ferramentas de selección tradicionais ata o momento é sinxela, e é que, segundo o principio de igualdade, a Administración tamén debe asegurarse de que un inspector non actúe motivado por razóns arbitrarias e discriminatorias.

Deste xeito, igual que, de acordo coa normativa actual, os criterios operativos xerais deben ser publicados para garantir a non arbitrariedade, parece necesario publicar (ou, polo menos, estar dispoñibles conforme as leis de transparencia) que tipo de datos, en xeral, se lle subministraron á ferramenta informática para tomar a decisión. Na maioría de casos, isto será suficiente para asegurar que o resultado final dado polo *big data* non estará baseado en criterios discriminatorios.

Pola contra, non parece que deba incluírse nesa publicidade/transparencia nin o código do algoritmo utilizado para tomar as decisións nin tampouco debería ser

²⁹ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 93-94.

obligatorio que se publicite o resultado final dado pola ferramenta³⁰. Isto é, nin as empresas nin as persoas físicas terán dereito a coñecer as probabilidades de incumprir que lle asigna a ferramenta.

A xustificación é tripla. Por unha banda, informar as empresas de que teñen unha baixa probabilidade de ser investigadas podería incrementar o propio incumprimento. Por outra parte, publicar o código ou as ponderacións realizadas pola ferramenta para tomar a decisión permitiría –ás empresas que puidesen pagar un servizo informático de suficiente nivel– revelar a mesma información respecto ás posibilidades concretas de ser inspeccionadas. Por último, esa información en mans das empresas permitiríalles modificar o seu comportamento para alterar os resultados do algoritmo. É dicir, se a empresa sabe que variable, en que proporción e de que forma inciden na probabilidade de ser investigadas, esta podería alterar o seu comportamento non para cumprir, senón para modificar esas variables (o que se chamou *gaming the algorithm*)³¹.

Por esta razón, malia a necesidade de asegurar a transparencia e a falta de arbitrariedade ou discriminación, non parece posible exixir que se revele toda a información respecto á ferramenta informática nin como esta toma as súas decisións co obxecto de evitar que as empresas ou suxeitos infractores poidan usar esa información para seguir incumprindo a norma. Por outro lado, si parece exixible que a Administración revele que tipo de datos son usados polo algoritmo para tomar a súa decisión co obxecto de asegurar que non se está a utilizar información protexida (art. 9 RXP) ou discriminatoria (art. 14 CE). Por último, dada a posibilidade de que o *big data* poida inferir informacións discriminatorias baseadas en datos non discriminatorios (ex., deducir a raza ou nacionalidade baseándose no barrio onde se vive), co obxecto de evitar que isto suceda, parece necesario que o algoritmo, non publicado, supere algún tipo de auditoría administrativa interna –ou dun terceiro– que verifique que o algoritmo pola súa propia conta “non está a descubrir” datos prohibidos ou sensibles e usándoos nos seus resultados³².

4 *Big data* como método de selección da inspección na xurisprudencia comparada: Francia e Holanda

A cuestión que se acaba de analizar, sobre a validez destes sistemas e o nivel de transparencia requirida, foi axuizada nalgún dos países do noso arredor con resultados dispares.

³⁰ Mesmo aquela parte da doutrina que máis ferventemente apoia a publicación de toda a información respecto á ferramenta ou algoritmo utilizado pola Administración pública sostén que, no caso dos algoritmos que deciden o campo de actuación dunha inspección, a transparencia debe ter límites. BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, cit., p. 265.

³¹ BAMBUER, J. e ZARSKY, T., “The algorithm game”, *Notre Dame Law Review*, n. 94 (1), 2018.

³² GONZÁLEZ ESPEJO, M.J., “Sector público y algoritmos: Transparencia o un poco más de paciencia”, *Diario la Ley*, Wolters Kluwer, 19 de febreiro de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slA-AAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNDEyMTNTK0stKs7Mz7M1MjACCvqq5eWnpla4ONuW5qWkpmXmpaaAIGSmVbrk4dU FqTapiXmFKeqp5b152jembQPMwEAZnEi5GMAAAA=WKE>.

Así, o Consello Constitucional francés, na súa Decisión do 27 de decembro de 2019 (Decisión n. 2019-796 DC), examina a validez dun sistema de uso do *big data* para apoiar a selección de obxectivos da Inspección de Facenda. O sistema foi incorporado a través da Lei de orzamentos de 2020 (art. 154), permitindo ás autoridades tributarias que usasen estas ferramentas con dúas finalidades: a primeira, reunir datos públicos que existan en Internet sobre os obrigados tributarios; en segundo lugar, procesar de forma automatizada esa información para decidir se existen posibles fraudes.

Deste xeito, a autorización legislativa non se limita ao procesamento dos datos que xa ten a Inspección para decidir o risco de incumprimento, senón que adicionalmente permite que a ferramenta se empregue para escanear Internet en busca de indicios de fraude –por exemplo, páxina web dunha empresa que vende produtos, pero non paga tributos, etc.–.

A Corte Constitucional, na súa resolución, admite o uso das dúas funcionalidades automatizadas da ferramenta, principalmente con base nos seguintes argumentos: i) a finalidade é un obxectivo constitucionalmente protexido (loita contra a fraude) e aplícase nun ámbito onde poden producirse incumprimentos da norma non detectados polos medios ordinarios; ii) os datos incorporados á ferramenta e os resultados obtidos só poden ser usados por persoal da Administración suxeita ao segredo profesional e confidencialidade; iii) os indicios de fraude captados de forma automatizada a través de algoritmos non serven como proba única para fundamentar unha sanción, senón que esta soamente poderá ser resultado de procedementos debidamente individualizados e motivados cos dereitos de defensa (audiencia) e garantías habituais.

En calquera caso, a Corte advirte que este é un exame preliminar e que a validez da ferramenta dependerá de que, no seu uso, esta permita un control de legalidade e de que os dereitos e garantías fundamentais dos cidadáns queden asegurados.

Por outro lado, moito máis restritiva e contundente se mostra a Sentenza do Tribunal de distrito da Haia (*Rechtbank Dean Haag*) nos Países Baixos, do 5 de febreiro de 2020 (ECLI:NL: RBDHA: 2020:865), que declara ilícito o uso dun algoritmo para establecer probabilidades de incumprimento de cidadáns que perciben prestacións da Seguridade Social³³.

A sentenza responde á demanda de varias asociacións de defensa dos dereitos humanos que impugnan o uso por parte da Inspección de Traballo e Seguridade Social do denominado Sistema de Indicación de Riscos (*Systeem Risico Indicatie*, SyRI). Esta é unha ferramenta automatizada que o Goberno holandés usa para prever e combater a fraude no campo da Seguridade Social³⁴.

³³ BATTAGLINI MANRIQUE DE LARA, M., "Sentencia histórica del Tribunal de la Haya anulando la elaboración de perfiles para el fraude de la Seguridad Social (SyRI)", *World Compliance Association*, 2020. Dispoñible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/2624/noticia-sentencia-historica-del-tribunal-de-la-haya-anulando-la-elaboracion-de-perfiles-para-el-fraude-de-la-seguridad-social-syri.html>; COTINO HUESO, L., "«SyRI, ¿a quién sanciona?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020", *La Ley Privacidad*, n. 4, 2020; FERNÁNDEZ, C.B., "Primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos", *Diario la Ley*, 13 de febreiro de 2020. Dispoñible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNDa3NDJUK0stK57Mz7M1MjACC6rl5aekhrg425bmpa5mZealpoCUZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUp6qJJuXnZ6OYFA8zAQCfSdkrYwAAAA=WKE>.

³⁴ ALGORITHMWATCH e BERTELSMANN STIFTUNG, *Automating Society taking stock of automated decision making in the EU*, Berlín, 2019, p. 101.

O sistema, a través dun instrumento informático automatizado, asigna un nivel de risco de que unha persoa cometa fraude a partir dunha serie de parámetros estudados e correlacionados entre si. A ferramenta vén autorizada pola Lei de organización de implementación e estrutura de ingresos (*Wet structuur uitvoeringsorganisatie en inkomen*, SUWI). Esta norma (art. 65.2) permite a elaboración de informes de riscos para avaliar as posibilidades de que unha persoa física ou xurídica cometa fraude na percepción de prestacións públicas incluídas en materia de Seguridade Social. O Goberno xustifica este uso debido ao elevado número de fraude detectada no país.

A devandita lei está desenvolvida nun regulamento que fixa os datos procesados pola ferramenta de *big data*. Concretamente, procésase información como a seguinte: nome, enderezo, lugar de residencia, enderezo postal, data de nacemento, xénero e características administrativas das persoas; datos respecto ao seu traballo; sancións administrativas anteriores; datos fiscais, incluída información sobre bens mobles e inmobles; datos sobre motivos de exclusión de asistencia ou beneficios; datos comerciais; datos de integración, que son datos que poden usarse para determinar se se lle impuxeron obrigas de integración a unha persoa; historial de cumprimento das leis e regulamentos; datos sobre bolsas recibidas; sobre pensións; sobre a obriga de reintegro de prestacións públicas; sobre endebedamento; sobre beneficios, axudas e subsidios recibidos; sobre permisos e exencións recibidos para a realización de actividades e datos sobre se ten ou non seguro de saúde.

A análise dos datos e a avaliación do risco realízase en dous tramos. En primeiro lugar, os datos fanse anónimos a través da substitución do nome persoal e os números da Seguridade Social por un código. Posteriormente, compáranse os datos co modelo de riscos e identifícanse os posibles factores de risco. Se a unha persoa se lle outorga un grao alto de risco de fraude, os seus datos son transvasados á segunda parte do proceso. Nesta segunda parte, a análise de risco realízao unha unidade específica dentro da Inspección de Traballo (Inspección de Asuntos Sociais e Emprego), que lle asigna un risco definitivo.

Ante este sistema, o tribunal holandés considera que a normativa viola o artigo 8.2 do CEDH ao entender que a inxerencia na vida privada das persoas deste sistema de análise de risco non cumpre o requisito de necesidade nin proporcionalidade. Neste sentido, a sentenza estima que, a pesar de recoñecer que a medida persegue unha finalidade lexítima (loita contra a fraude), a intromisión na vida privada non está suficientemente xustificada. Pola súa vez, o tribunal establece que, malia que o informe de riscos xerado polo algoritmo non ten en si mesmo unha consecuencia legal directa (non hai sanción), si que ten un efecto significativo na vida privada da persoa á cal se refire.

Así, a sentenza conclúe que a ferramenta informática, en aplicación do dereito da Unión –RXPd e CEDH–, non cumpre cos principios de transparencia, de limitación do tratamento e de minimización de datos, concluíndo que a normativa que regula o uso da aplicación é insuficientemente clara e verificable, o que a converte en contraria á lei.

A sentenza incide especialmente na falta de transparencia. Neste sentido, o tribunal indica que esa falta de transparencia presenta problemas de comprobación de

posibles efectos discriminatorios (indirectos); sobre todo, engade a sentenza, dado que a análise de risco de incumprimento se realiza sobre suxeitos en situacións de especial vulnerabilidade –por esa razón acceden en primeiro lugar ás prestacións sociais–. Ademais, o tribunal recrimina que o sistema analice datos persoais de categorías especiais (art. 9 RXP), e advirte da posibilidade de que o algoritmo, realizando conexións e inferencias, acabe tomando decisións discriminatorias³⁵. Neste sentido, establece que, sobre a base da información existente acerca da ferramenta, non é posible avaliar se ese risco de discriminación indirecta foi abordado axeitadamente pola norma que desenvolve o sistema de avaliación de riscos.

Na miña opinión, esta sentenza ten varias lecturas. Por un lado, se entendemos que as conclusións obtidas nela son aplicables e extensibles a calquera uso dun algoritmo para valorar riscos de fraude, moi probablemente as súas conclusións levan a unha prohibición *de facto* das súas posibilidades de uso. É certo que a sentenza non chega a prohibir a súa implantación, pero os requisitos que establece poden facer imposible este.

Téñase en conta que a sentenza analiza un sistema de por si bastante garantista coa protección de datos e a intimidade. Neste sentido, os datos estaban anonimizados, establecíase unha obriga de borrado de datos aos catro meses se o informe indicaba risco baixo, compartimentábanse as seccións e departamentos que procesaban información, obrigábase á confidencialidade e, ademais, en última instancia era a Inspección a que tomaba a última decisión³⁶. Ademais, o emprego do sistema non era indiscriminado, senón que, pola contra, cumpría solicitar o seu uso –para poder facelo había uns requisitos específicos fixados e a norma establecía quen podía solicitar o informe de risco–, que datos debían usarse e con que finalidade –obxectivo específico–. A pesar de todo iso, o tribunal entende que non existen garantías axeitadas, dado que “non hai información suficiente para saber como operaba”. Incide posteriormente a sentenza nesta cuestión ao criticar que o modelo de risco que se utiliza e os indicadores de risco sexan secretos e que iso impide que un suxeito interesado poida defenderse contra o feito de que se determinase un alto risco de fraude sobre el ou ela.

Nesta cuestión é onde, de aceptar esta lectura da sentenza, se viría prohibir *de facto* o uso deste tipo de ferramentas automatizadas para valorar riscos de incumprimento. En efecto, se se dá información suficiente para saber como opera a ferramenta –como parece exixir a sentenza comentada–, esta será inservible para os seus propios

³⁵ Isto foi posto de relevo pola doutrina en varias ocasións ao entender que esta tecnoloxía parece capaz de inferir certas características persoais baseadas noutros datos. É dicir, aínda que se prohiba solicitar datos en materia de afiliación sindical, relixión, sexo, orientación sexual ou discapacidade, os algoritmos son capaces de obter esta información a través doutros datos (CRAWFORD, K. e SCHULTZ, J., “Big data and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms”, cit.). Por exemplo, a relixión ou a raza poden estar estatisticamente moi relacionadas co código postal ou o barrio onde vive a persoa. Así pois, tomar decisións baseadas na localización da vivenda resultará no fondo unha decisión baseada na raza ou, mesmo, conforme o tempo dedicado a ler unhas noticias en Facebook ou Google –e non outras– pódese predicir a afiliación política ou sindical. De feito, en moitos casos, descoñécese as capacidades dun algoritmo á hora de facer inferencias estatísticas, o que supón a “imposibilidade” de coñecer se o propio algoritmo está a tomar decisións fundamentadas en información discriminatoria ou non, en HARDT, M., “How big data is unfair”, *Medium*, 26 de setembro de 2014. Dispoñible en: <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>.

³⁶ Malia ser certo que non se sabe se a Inspección finalmente decidía inspeccionar todos os suxeitos con risco alto –sen tomar ningunha decisión significativa– ou, pola contra, se esta intervención humana era relevante para a decisión final, unha cuestión que podería ser relevante para xustificar que a decisión final non era tomada polo algoritmo automaticamente.

obxectivos. Por unha banda, aqueles que tivesen un baixo risco e ooubesen³⁷ terían incentivos para incumprir coñecendo que as probabilidades de ser investigados son baixas. Por outra banda, os que tivesen un alto risco de ser inspeccionados e coñecesen “como opera o algoritmo” poderían modificar a súa conduta, non para cumprir, senón para enganar o sistema de valoración de risco – unha posibilidade que a doutrina puxo de manifesto en varias ocasións –³⁸. En fin, na miña opinión, a transparencia no funcionamento do sistema de valoración de riscos de fraude non pode ser tal que lles permita aos suxeitos evadir a vixilancia e o control.

Tamén é certo que a sentenza apunta cara a outras posibilidades, dado que o tribunal sinala expresamente que bota en falta unha revisión previa por parte da Administración ou dun terceiro independente de que o algoritmo é proporcionado, vistos os dereitos en xogo e que, adicionalmente, non é discriminatorio. Esta posibilidade parece máis sensata. É dicir, dada a imposibilidade dunha transparencia absoluta para que o sistema sexa efectivo –o que *de facto* limita as posibilidades de defensa dos cidadáns–, tería sentido aceptar que a propia Administración ou un terceiro independente auditase o algoritmo para asegurar que funciona correctamente e sen nesgos.

Ademais, a sentenza parece esquecer que a decisión automatizada –de ser realmente automatizada, porque parece existir suficiente intervención humana cando o informe de riscos se envía á Inspección de Traballo– soamente ten como efecto que se inicie unha investigación –é un mero selector–, sendo a investigación a que determinará se hai sanción ou non. Con isto non quero dicir que a selección dos suxeitos a investigar non teña efectos sobre as persoas, pero, en calquera caso, as consecuencias non son absolutas nin irrevogables. A este respecto, soamente sinalo que a sentenza parece esquecer pór en proporción as garantías necesarias para poder tomar decisións baseadas nun algoritmo, cos efectos que a dita decisión produce³⁹. É dicir, non sería proporcionado exixir as mesmas garantías para un algoritmo que adxudica risco de reincidencia dun delincuente cuxa consecuencia sexa ampliar o número de anos en prisión [Sentenza *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016)] que as garantías necesarias para un algoritmo que dá apoio á Inspección para decidir que suxeito comezar a auditar, sendo a posterior análise e investigación realizadas completamente por persoas conforme o procedemento habitual.

En calquera caso, como se dixo, na miña opinión, esta sentenza ten outra lectura moi distinta á anterior. Débese partir de que esta sentenza responde a un tipo de ferramenta con finalidades moi concretas que pode ter levado a que o tribunal busque uns estándares de exixencia tan altos que *de facto* acabe prohibíndoa. As razóns son as seguintes: en primeiro lugar, afecta a persoas físicas. Ningún dos argumentos vistos nela parece aplicable a empresas, as cales non gozan do dereito á protección de datos

³⁷ Que non se informe os suxeitos de que teñen un baixo risco é un dos reproches “indirectos” que lle fai a sentenza á configuración do sistema.

³⁸ BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, cit., p. 48; BAMBUER, J. e ZARSKY, T., “The algorithm game”, cit., p. 46.

³⁹ COTINO HUESO, L., “Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y *big data*”, cit.

nin tampouco unha investigación pode ser considerada unha invasión da vida privada desta, xa que unha empresa non ten vida privada como dereito fundamental.

En segundo lugar, e esta podería ser a clave de bóveda da sentenza, a detección da fraude en materia de prestacións á Seguridade Social afecta a colectivos especialmente vulnerables que poderían merecer unha maior protección –maiores garantías– da súa vida privada. Como estableceron os demandantes, e o relator especial da ONU, este sistema “ten un efecto discriminatorio e estigmatizador”, dado que se centra en investigar veciñanzas máis marxinas e, con iso, “contribúe aos estereotipos e reforza unha imaxe negativa dos ocupantes das ditas veciñanzas”. Falamos de persoas con incapacidades permanentes, invalidez ou en desemprego: cidadáns que, dunha forma ou outra, son especialmente vulnerables, polo que desenvolver unha ferramenta de máxima tecnoloxía para detectar fraude entre eles pode considerarse unha “criminalización da pobreza”.

De feito, como sosteñen os expertos, a maior parte da fraude en Seguridade Social non provén polo cobramento de prestacións indebidas, senón pola falta de pagamento das cotizacións e pola economía informal⁴⁰. Deste xeito, usar medidas invasivas da privacidade das persoas sen, pola súa vez, empregar as mesmas medidas para atacar as maiores fontes de fraude podería entenderse, en efecto, arbitrario, inxustifico ou, polo menos, desproporcionado.

Téñase en conta que, desde o momento en que dereitos fundamentais dos cidadáns entran en xogo –especialmente en colectivos socialmente vulnerables–, xa non debe actuar libremente o principio de discrecionalidade administrativa, senón que este virá limitado polos principios de necesidade e proporcionalidade. Desta forma, intentar xustificar esa medida invasiva dos dereitos fundamentais das persoas pola necesidade de evitar a fraude –necesidade lexítima en abstracto– cando non se está a atacar fontes de fraude maiores –economía informal, infracotización, etc.– e que, ademais, non requirirían da invasión de dereitos das persoas (dado que estes ilícitos son realizados por empresas) pode considerarse contrario a estes principios.

Por tales razóns, non creo que a doutrina desta sentenza deba entenderse como un impedimento xeral e abstracto ao uso do *big data* ou dos procesos automatizados para dar soporte ás decisións de selección de suxeitos infractores. Máis ben parece que a sentenza pode estar a oporse a unha política de “criminalización da pobreza” respecto a un goberno enfocando os seus esforzos –uso da máxima tecnoloxía dispoñible– para detectar a pequena fraude de persoas en xeral en situacións vulnerables, á vez que pouco se fai na mesma liña pola loita contra a gran fraude (violando os principios de necesidade e proporcionalidade con iso).

En fin, poucas dúbidas caben da necesidade de garantir os dereitos fundamentais das persoas fronte ao Estado e, en especial, evitar nesgos discriminatorios. Ao mesmo tempo, pouco sentido tería limitar as posibilidades de adaptación das administracións ao século XXI permitindo usar os seus recursos máis eficientemente, á vez que conseguen recompensar mellor os suxeitos cumpridores a través dunha menor

⁴⁰ UPIT, *Estudio sobre el estado y actividad de la ITSS*, Madrid, 2014. Dispoñible en: <http://upit.es/web/index/show/id/36> (Consultado o 6 de abril de 2020).

probabilidade de ser obxecto dunha inspección. Desta forma, a lei debe preocuparse especialmente de que o sistema funcione –que as razóns de elección non respondan a nesgos ou discriminacións, senón a unha verdadeira maior probabilidade de infrinxir a norma– e que exista suficiente transparencia para que o sistema poida ser axuizado en caso de presentar indicios de arbitrariedade ou de discriminación.

5 Síntese dos retos legais na implantación do *big data* como método de selección de suxeitos a investigar e algunhas recomendacións

A pesar de que a selección dun ou outro suxeito, para iniciar unha inspección, está configurada xuridicamente como unha decisión discrecional da Administración, o uso de ferramentas automatizadas para a construción de perfís de risco de incumprimento da normativa presenta múltiples conflitos xurídicos, especialmente en materia de protección de datos, protección da intimidade e posibles discriminacións. Desta forma, a Administración, no deseño da ferramenta informática, deberá ter en conta estes dereitos e establecer garantías que protexan os dereitos fundamentais dos cidadáns.

A intensidade desas garantías é unha cuestión actualmente moi debatida pola doutrina e os tribunais, sen que exista consenso. Non obstante, si se poden fixar unha serie de pautas a seguir.

En primeiro lugar, deberase valorar a necesidade do uso da ferramenta, entendida como a existencia dun obxectivo lexítimo –neste caso a loita contra a fraude–. Non obstante, non parece suficiente unha xustificación abstracta da necesidade de alcanzar ese obxectivo, senón concretamente da relación entre a consecución dese obxectivo e o uso da ferramenta automatizada (adecuación). Deste xeito, como se viu neste traballo, podería entenderse que, se se quere perseguir a fraude –finalidade lexítima en abstracto–, non debería utilizarse unha ferramenta automática de selección de perfís contra pequenos defraudadores se non se usa para grandes defraudadores –que sería a forma de alcanzar verdadeiramente o obxectivo–.

En segundo lugar, a proporcionalidade. En efecto, as garantías para salvagardar os dereitos dos cidadáns deben ser proporcionadas respecto ao dano que a ferramenta informática pode xerar. Desta forma, non será o mesmo unha ferramenta que establece perfís de risco de reincidencia cuxo uso pode implicar a prolongación dunha pena privativa de liberdade que as garantías que debe ter un sistema que establece un risco de cometer unha infracción laboral cuxa única posible consecuencia é o inicio dunha investigación, a cal será a que determine, en última instancia, se existiu ou non ilícito.

En terceiro lugar, non será o mesmo unha ferramenta informática que se limite a procesar datos que xa constan en poder da Administración pública que outra que se dedique a escanear Internet co obxecto de reunir datos para a vixilancia e control da normativa. En efecto, as posibilidades tecnolóxicas son múltiples e non todas teñen a mesma repercusión. Desta forma, deberanse exixir maiores garantías a unha ferramenta que recompila datos sen consentimento dos interesados que a outra que

soamente os procesa co fin de axudar a tomar decisións acertadas respecto á selección de suxeitos que se van investigar.

En cuarto lugar, a cuestión máis complexa de resolver será a necesidade de transparencia. Poucas dúbidas caben de que, para garantir o dereito de defensa do afectado e para evitar discriminacións directas ou indirectas, é imprescindible que o proceso de selección sexa transparente. Non obstante, a pesar de que isto sexa así, cando o algoritmo ten por obxectivo, concretamente, a loita contra a fraude, a transparencia – máis ben o exceso dela – pode deixar inoperativa a propia ferramenta.

En efecto, a información respecto a como funciona o algoritmo pode desvelar información clave que, por unha banda, incrementa o incumprimento e, por outra, lle permita a un incumpridor reducir o risco de ser detectado. Por esta razón, aínda que se comparta a necesidade da “transparencia algorítmica”, parece recomendable buscar outras fórmulas que non frustren os resultados desexados. Neste traballo expóñense dúas: i) publicar que datos se subministran á ferramenta para tomar as súas decisións, xa que isto eliminaría as posibilidades de que se utilicen datos sensibles ou discriminatorios: ii) outra posibilidade podería ser que, internamente ou a través dun organismo especializado independente, se realizase unha análise de verificabilidade da ferramenta informática que comprobase que non se usan datos prohibidos e que os resultados non son discriminatorios.

Por último, débese sinalar que a protección, as garantías e as salvagardas fronte á ferramenta non teñen por que ser as mesmas se o informe sobre probabilidade de incumprir a normativa se fai respecto dunha empresa que se se fai sobre unha persoa física. Por iso, parece recomendable para a Administración establecer dous sistemas diferenciados de selección, para que, deste xeito, ademais de poder fixar estándares de garantía distintos en caso de que se queira, no suposto de que se impugnase o sistema –e ante unha eventual anulación ou prohibición de uso deste–, o tribunal puidese valorar por separado a licitude de cada un.

6 Conclusións: vantaxes e límites do uso do *big data* na inspección

6.1 Beneficios achegados

O uso das ferramentas do *big data* e a intelixencia artificial permite a planificación estratéxica e a selección de suxeitos a inspeccionar para mellorar o uso dos recursos da Inspección⁴¹. Estes mecanismos son capaces de clasificar cada empresa baseada no seu risco de incumprimento⁴². Desta forma, extraendo información e patróns ocultos, mellórase a ratio de acerto, atopando máis incumprimentos, á vez que se reducen

⁴¹ WATKINS, R.C., REYNOLDS, K.M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. e EAGLIN, R., “Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering”. *Journal of Policing practice and research: An international Journal*, n. 4(2), 2013, p. 12.

⁴² OECD, *Best Practice Principles for Regulatory Policy Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Press, París, 2014, p. 28.

as inspeccións en empresas que cumpren. En particular, o *big data* proporciona as seguintes vantaxes ao sistema:

1. Redúcese o tempo e os recursos dedicados á análise manual de datos.
2. Permítese unha rápida curva de aprendizaxe dos novos inspectores sen que sexan necesarios anos de experiencia para desenvolver intuicións sobre onde buscar os incumprimentos.
3. Localízanse patróns e tendencias de incumprimento indetectables pola intuición a través da correlación de datos.
4. Permite a planificación de campañas de forma máis eficiente.
5. Proporciona a posibilidade de detectar e atallar as chamadas “epidemias” de fraude antes de que se expandan.
6. A selección baseada en datos incrementa unha visión mediopracista ou longo-pracista dos obxectivos. Isto reduce as posibilidades de tomar decisións “a golpe de telexornal”. Isto é, decisións baseadas en sucesos puntuais que modifican o curso da acción inspectora pola relevancia momentánea dun feito e non porque existan verdadeiras razóns xustificativas de tal actuación⁴³.
7. As técnicas do *big data* tamén melloran a avaliación da actuación inspectora en termos xerais. Dun lado, permite definir o nivel de incumprimento nun país ou sector e como este diminúe grazas ás actuacións da Administración. Iso incrementará a lexitimidade social da necesidade da Inspección, baseándose en datos nun mundo en que aquilo que non pode medirse poucas veces se ten en conta.
8. Estas técnicas de tratamento de datos tamén facilitan a súa propia avaliación para mellorar cada día a través do *feedback* dos inspectores.

En fin, cada vez máis países adoptan estas técnicas para mellorar a selección de suxeitos a inspeccionar con notable éxito. Austria, tras a inclusión destas técnicas baseadas en riscos de incumprimento para a selección, pasou de atopar entre 20 e 30 fraudes por cada 100 inspeccións realizadas a descubrir incumprimentos de entre o 60 e o 80% das inspeccións efectuadas⁴⁴. Adicionalmente, este sistema permitiu tamén incrementar o cumprimento voluntario a través das comunicacións (cartas), avisando da información que se tiña. A selección previa permitiu que o cumprimento pasase de producirse nun 7% dos que recibían a carta a un 20 ou 30%⁴⁵.

6.2 Límites no uso do *big data*

Malia as oportunidades que brinda a aplicación destas modernas técnicas para mellorar a efectividade das inspeccións, a súa incorporación exige ter os datos con calidade suficiente e unha aposta segura por estes. Todo iso non sempre é posible ou sinxelo.

1. En primeiro lugar, o *big data* necesita nutrirse de suficientes datos de calidade para poder obter conclusións válidas. Isto implica xuntar todos os datos nunha mesma ferramenta informática coa colaboración doutras administracións (CC. AA.) e outras

⁴³ OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, cit., p. 29.

⁴⁴ Nos dous casos, o índice de acerto na selección era mellor que seleccionar de xeito aleatorio, cuxo índice era do 15-20%.

⁴⁵ OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, OECD Press, París, 2004, p 40.

ramas da Administración estatal (Facenda, DXT, etc.). Neste sentido, no noso país fixéronse moitos avances, pero débese recordar que cantos máis datos se teñan maior fiabilidade existirá⁴⁶.

2. Adicionalmente a ter os datos, estes non deben estar nesgados ou incompletos. Por exemplo, se no pasado se focalizou nun determinado tipo de empresas –onde loxicamente se terán atopado incumprimentos– e eses son os datos que se subministran á ferramenta, baseándose neses datos considerárase que estas empresas son as que deben ser inspeccionadas no futuro. Isto, pola súa vez, implicará maior número de fraudes atopadas nesas empresas, confirmando o nesgo e pechando o círculo⁴⁷. Por esta razón, é tan importante que os datos subministrados sexan completos, de calidade e sen nesgos manifestos.

3. Tamén será necesario darlles formación aos inspectores sobre a utilidade da ferramenta e como usala, ademais de proporcionarlles formación para que sexan capaces de dar *feedback* a esta⁴⁸.

4. Outra cuestión que pode limitar o uso da ferramenta é a desconfianza ao novo. Toda organización adoita sentirse máis cómoda facendo as cousas como as sabe facer, e a inclusión de novos mecanismos provoca rexeitamento. Por esta razón, é importante que se coñeza o funcionamento e as mecánicas subxacentes á ferramenta, de tal forma que se xere confianza no seu uso⁴⁹.

5. Débese sinalar que o *big data* non obxectiviza o uso dos recursos, soamente fai máis eficiente esa utilización. Por esta razón, seguirá sendo necesaria a incorporación dos coñecementos e experiencias dos inspectores, así como a reflexión e a toma de decisións sobre priorización. O sistema de *big data* en ningún caso substitúe a necesidade dunha planificación estratéxica nin elimina o uso da discrecionalidade administrativa para elixir obxectivos. O *big data* é unha ferramenta que axuda a esa toma de decisións e a elixir eses obxectivos.

6. Por último, estas ferramentas poden acabar sendo usadas para xustificar a persecución de certos colectivos historicamente discriminados. Sobre todo en materia de policía, criticouse que se usen estas ferramentas para xustificar unha maior vixilancia nos barrios pobres ou a detención en aeroportos de persoas de cor⁵⁰. En efecto, neste traballo púxose de manifesto o perigo de que os mecanismos se utilicen para xustificar un uso dos recursos enfocados en investigar máis pequenas empresas ou receptores de prestacións. Por iso, estes sistemas de selección requiren unha constante vixilancia e crítica como calquera outro dos existentes.

⁴⁶ OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, cit., p. 39.

⁴⁷ RIDEMAR, A., *Decision Support for SWEA Inspections*, Kth Royal Institute of Technology School of Electrical Engineering and Computer Science, Stockholm, 2018, p. 33. Dispoñible en: <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1238767/FULLTEXT01.pdf> (Consultado o 6 de abril de 2020).

⁴⁸ WATKINS, R.C., REYNOLDS, K.M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. e EAGLIN, R., “Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering”, cit., p. 12.

⁴⁹ WATKINS, R.C., REYNOLDS, K.M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. e EAGLIN, R., “Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering”, cit., p. 12.

⁵⁰ GILL, P., *Rounding up the usual suspects?: developments in contemporary law enforcement intelligence*, Ashgate, Aldershot, 2020; SANDERS, C.B. e SHEPTYCKI, J., “Policing, crime and big data: towards a critique of moral economy of stochastic governance”, *Crime Law Soc Change*, n. 68, 2017, p. 7.

Neste sentido, será necesario establecer controis internos e externos para asegurar que os dereitos fundamentais das persoas non son violados. Dun lado, a Administración ten a obriga de que a selección non responda a patróns discriminatorios –nin voluntarios (subministrando datos protexidos) nin involuntarios (subministrando datos que por erro están nesgados)–. Doutro lado, cómpre que a selección e o uso da ferramenta sexan transparentes. Por suposto, isto non pode implicar a obriga para a Administración de publicar o resultado da análise de risco –baixo a ameaza de que iso se utilice para infrinxir a norma–, senón que se debe publicar que datos son tidos en conta, de forma xeral, polo *big data* para crear o índice de risco.

Bibliografía

- ALGORITHMWATCH e BERTELSMANN STIFTUNG, *Automating Society taking stock of automated decision making in the EU*, Berlín, 2019.
- ALLINGHAM, M.G. e SANDMO, A., “Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis”, *Journal of Public Economics*, n. 1, 1972.
- BAMBUER, J. e ZARSKY, T., “The algorithm game”, *Notre Dame Law Review*, n. 94(1), 2018.
- BATTAGLINI MANRIQUE DE LARA, M., “Sentencia histórica del Tribunal de la Haya anulando la elaboración de perfiles para el fraude de la Seguridad Social (SyRI)”, *World Compliance Association*, 2020. Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/2624/noticia-sentencia-historica-del-tribunal-de-la-haya-anulando-la-elaboracion-de-perfiles-para-el-fraude-de-la-seguridad-social-syri.html>.
- BECKER, G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, n. 76(2), 1968.
- BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, 1998.
- BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020.
- BONCHI, F., GIANNOTTI, F., MAINETTO, G. e PEDRESCHI, D., “A classification-based methodology for planning audit strategies in fraud detection”, *KDD '99: Proceedings of the fifth ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, 1999. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/312129.312224> (Consultado o 6 de abril de 2020).
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA, *Risk Management Guide for Tax Administrations*, Bruxelas, 2006. Disponible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/

- taxation/files/resources/documents/taxation/tax_cooperation/gen_overview/risk_management_guide_for_tax_administrations_en.pdf.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco. Sobre la Inteligencia Artificial – Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, Bruselas, 2020.
- COTINO HUESO, L., “Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y *big data*”, Bauzá Reilly, M. (dir.), *El Derecho de las Tics en Latinoamérica*, La Ley, Uruguay, 2019.
- COTINO HUESO, L., “Riesgos e impactos del *big data*, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- COTINO HUESO, L., “«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*, n. 4, 2020.
- CRAWFORD, K. e SCHULTZ, J., “*Big data* and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms”, *Boston College Law Review*, n. 55 (1), 2014.
- FERNÁNDEZ, C.B., “Primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos”, *Diario la Ley*, 13 de febrero de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNDa3NDJUKOstKs7Mz7M1MjACC6r15aekhrG425bmpaSmZealpoCUZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUp6qJJuXnZ6OYFA8zAQcfSdkrYwAAAA==WKE>.
- FREEMAN, K., “Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in *State v. Loomis*”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, n. 18, 2016.
- GILL, P., *Rounding up the usual suspects?: developments in contemporary law enforcement intelligence*, Ashgate, Aldershot, 2020.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano, 2000.
- GONZÁLEZ ESPEJO, M.J., “Sector público y algoritmos: Transparencia o un poco más de paciencia”, *Diario la Ley*, Wolters Kluwer, 19 de febrero de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNDEyMTNTKostKs7Mz7M1MjACCVqq5eWnpIa4ONuW5qWkpmXmpaaALGSmVbrkJ4dUFqTapiXmFKeqpSbl52ejmBQPMwEAZnEi5GMAAAA=WKE>.
- GT29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2016 (Adoptadas o 3 de outubro de 2017).
- GUPTA, M. e NAGADEVARA, V., “Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques”, *Foundations of E-Government – Conference Proceedings, 11th International Conference on e-Governance*, Hyderabad, India, 2007.
- HARDT, M., “How *big data* is unfair”, *Medium*, 26 de setembro de 2014. Disponible en: <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>.

- MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State vs. Loomis”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n. 20, 2018.
- OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, OECD Press, París, 2004.
- OCDE, *Best Practice Principles for Regulatory Policy Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Press, París, 2014.
- OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, OECD Press, París, 2018.
- PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, Díez Sánchez, J.J. (coord.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: La función inspectora*, INAP, Madrid, 2013.
- RIDEMAR, A., *Decision Support for SWEA Inspections*, Kth Royal Institute of Technology School of Electrical Engineering and Computer Science, Stockholm, 2018. Disponible en: <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1238767/FULLTEXT01.pdf> (Consultado o 6 de abril de 2020).
- RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- SANDERS, C.B. e SHEPTYCKI, J., “Policing, crime and *big data*: towards a critique of moral economy of stochastic governance”, *Crime Law Soc Change*, n. 68, 2017.
- SRINIVASAN, T.N., “Tax Evasion: A model”, *Journal of Public Economics*, n. 2, issue 4, 1973.
- TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 84, 2018.
- UPIT, *Estudio sobre el estado y actividad de la ITSS*, Madrid, 2014. Disponible en: <http://upit.es/web/index/show/id/36> (Consultado o 6 de abril de 2020).
- WATKINS, R. C., REYNOLDS, K. M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. e EAGLIN, R., “Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering”, *Journal of Policing practice and research: An international Journal*, n. 4(2), 2013.
- YITZHAKI, S., “Income tax evasion: A theoretical analysis”, *Journal of Public Economics*, n. 3, issue 2, 1974.

A carreira profesional dos profesionais sanitarios: antecedentes normativos e tendencias de desenvolvemento

La carrera profesional de los profesionales sanitarios: antecedentes normativos y tendencias de desarrollo

The professional career of health professionals: regulatory background and development trends

59 Regap

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

Avogada
ldelaiglesiaaza@gmail.com

Recibido: 14/05/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4339>

Regap



ESTUDOS

Resumo: Estudo evolutivo da carreira profesional no sistema de función pública español, con especial referencia ao marco legal actual. Céntrase no sistema de carreira profesional do persoal estatutario dos servizos de saúde pública no Estado español, con mención especial ao ámbito da Comunidade Autónoma galega tras a Sentenza do Tribunal Superior de Galicia que anula parcialmente o sistema instaurado mediante a Orde do 20 de xullo de 2018.

Palabras clave: Carreira profesional, empregados públicos, persoal estatutario, Galicia.

Resumen: Estudio evolutivo de la carrera profesional en el sistema de función pública español, con especial referencia al marco legal actual. Se centra en el sistema de carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud pública en el Estado español, con mención especial al ámbito de la Comunidad Autónoma gallega tras la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia que anula parcialmente el sistema instaurado mediante la Orden de 20 de julio de 2018.

Palabras clave: Carrera profesional, empleados públicos, personal estatutario, Galicia.

Abstract: Evolutionary study of the professional career in the Spanish civil service system, with special reference to the current legal framework. It focuses on the professional career system of the statutory staff of public health services in Spain, with special mention to Galician's system after the Judgment of the High Court of Galicia that partially cancels the system established by the Order of July 20, 2018.

Key words: Professional career, civil service system, public health services staff, Galicia.

SUMARIO: 1 Os sistemas de valoración do desenvolvemento profesional no ámbito dos empregados públicos. Unha perspectiva histórica. 2 O Estatuto básico do empregado público e a Lei da función pública de Galicia como marco xeral. 3 A carreira profesional do persoal estatutario nos antecedentes históricos do actual sistema. 4 O réxime vixente: o Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde. 5 A carreira profesional das profesións sanitarias na Comunidade Autónoma de Galicia. 6 Situación actual. 7 Conclusións e propostas de mellora.

1 Os sistemas de valoración do desenvolvemento profesional no ámbito dos empregados públicos. Unha perspectiva histórica

O especial réxime retributivo dos empregados públicos ten en España unha tradición centenaria cuxas iniciais referencias se remontan ao Real decreto do 18 de xullo de 1852 de Bravo Murillo¹, que clasificaba todos os empregados da «Administración activa» do Estado en cinco categorías: xefes superiores, xefes de administración, xefes de negociado, oficiais e aspirantes a oficial (que posteriormente serán denominados auxiliares). Dentro destas categorías distinguía chanzos de soldos, que as disposicións de desenvolvemento denominarían ás veces «clases». Á parte dos subalternos, que non tiñan o carácter de empregados públicos para os efectos deste decreto, a carreira dos funcionarios quedaba articulada en cinco categorías e dezaseis chanzos².

Con posterioridade a esta norma, realizáronse diversos intentos de regulación, sendo un dos máis sinalados o Real decreto do 4 de marzo de 1866³, debido ao Goberno presidido por O'Donnell, que aproba o Regulamento orgánico das carreiras civís da Administración pública, pero a súa vixencia limitada a catro meses motiva que non se requira unha referencia máis pormenorizada.

Con estes limitados antecedentes, ademais de coas referencias á función pública establecidas nas leis de orzamentos do ano 1876, chégase á Lei de bases do 22 de xullo de 1918, acerca da condición dos funcionarios da Administración civil do Estado⁴, o denominado “Estatuto de Maura”. Así, na súa base primeira, tras sinalar a coexistencia do persoal técnico e o auxiliar, fixaba as dotacións concretas que lle corresponderían a cada tipo de funcionarios. En execución desta norma, publicouse o Real decreto do 7 de setembro de 1918⁵, que aproba o Regulamento para a aplicación da Lei de bases do 22 de xullo último aos corpos xerais da Administración civil do Estado e ao persoal subalterno desta. Nas dúas normas establecíase un sistema de retribucións en que se determinan cantidades globais anuais para cada categoría.

Tras estas normas, constan poucas referencias normativas ás retribucións do persoal ao servizo das administracións públicas. Destacan o Real decreto-lei do 16 de

¹ *Gaceta de Madrid* n. 6572 do 20 de xuño de 1852, pp. 1 e 2.

² GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, n. 210-211, maio-setembro 1987, pp. 29 a 70.

³ *Gaceta de Madrid* do 19 de marzo de 1866, p. 4.

⁴ BOE n. 175 do 23 de xullo de 1963, pp. 11141 a 11144.

⁵ *Gaceta de Madrid* n. 251 do 8 de setembro de 1918, pp. 646 a 655.

decembro de 1929⁶ sobre anticipos aos funcionarios públicos, que se limitaba a este aspecto retributivo, e a Lei municipal do 31 de outubro de 1935⁷, no título III da cal, referido á Administración municipal, se fai unha referencia superficial a funcionarios integrantes desta⁸.

Novamente, é de supor que, como consecuencia do convulso período histórico, se obvia calquera referencia aos dereitos retributivos dos funcionarios públicos na Lei do 1 de outubro de 1936 pola que se establece a organización administrativa á cal debe axustarse a nova estrutura do Estado, cuxa exposición inicial expresamente establece que ten carácter provisional “... *como anuncio da permanente a establecerse unha vez dominado todo o territorio nacional*”. Tampouco se atopan maiores referencias na Lei do 30 de xaneiro de 1938⁹, que modificou a Administración central do Estado, nin na posterior do 29 de decembro de 1938¹⁰, que efectuou modificacións nesta, texto que foi novamente alterado pola Lei do 8 de agosto de 1939¹¹ de modificación da Administración central do Estado.

Si se atopa normativa referida aos dereitos retributivos do persoal ao servizo da Administración na Lei do 10 de febreiro de 1939¹² sobre depuración de funcionarios públicos, que suspendía os dereitos retributivos dos funcionarios ata a “*investigación da conduta seguida, en relación co Movemento Nacional, polos funcionarios públicos que del dependan e que se atopasen nos territorios nacionais que se acababan de liberar e nos que se vaían liberando*”. Esta norma complementouse coa Orde do 1 de abril de 1939¹³, que daba instrucións para a aplicación da Lei do 10 de febreiro de 1939 sobre depuración de funcionarios públicos ao persoal sanitario, norma que exige os funcionarios sanitarios da inmediata suspensión de soldo e funcións ata a investigación da súa conduta. Estas instrucións en que se exceptuaba o persoal sanitario tiñan o seu fundamento na carencia de suficiente persoal con tal formación, polo que a súa inmediata suspensión suporía un custo inasumible para unha poboación enferma e con lesións derivadas da contenda.

Non é ata a Lei de funcionarios civís do Estado do 7 de febreiro de 1964¹⁴ e a posterior Lei de retribucións dos funcionarios da Administración civil do Estado, do 4 de maio de 1965, Lei 31/1965¹⁵, cando se desagregaron os conceptos retributivos en soldo base, complementos de soldo e outras retribucións. Suprimíase así o sistema de

⁶ *Gaceta de Madrid* n. 351 do 17 de decembro de 1929, pp. 1722 a 1725. Corrección de erros *Gaceta de Madrid* n. 361 do 27 de decembro de 1929.

⁷ *Gaceta de Madrid* n. 305 do 1 de novembro de 1935, pp. 898 a 919.

⁸ Lexislación municipal do 31 de outubro de 1935 precedida dunha introdución histórica e da Lei de bases do 10 de xullo anterior, anotada e concordada con formularios e referencias legais e prácticas; prólogo do Excmo. Sr. Conde de Romanones, Madrid, Editorial Góngora, 1936.

⁹ BOE n. 467 do 31 de xaneiro de 1938, pp. 5514 a 5515.

¹⁰ BOE n. 183 do 31 de decembro de 1938, pp. 3216 a 3217.

¹¹ BOE n. 221 do 9 de agosto de 1939, pp. 4326 a 4327.

¹² BOE n. 45 do 14 de febreiro de 1939, pp. 856 a 859.

¹³ BOE n. 92 do 2 de abril de 1939, p. 1889.

¹⁴ BOE n. 40 do 15 de febreiro de 1964, pp. 2045 a 2055.

¹⁵ BOE n. 107 do 5 de maio de 1965, pp. 6438 a 6453.

categorías, vixente desde o “Estatuto Maura” de 1918, e definíase a situación profesional do funcionario en virtude do corpo de pertenza e o posto concreto que ocupaba en cada momento. Así, conforme a propia exposición de motivos da norma: *“O novo sistema establecido polos corpos legais citados (...) acaba cos soldos calculados sobre as desaparecidas categorías administrativas, e no seu lugar establece un soldo-base igual para todos os funcionarios, un coeficiente multiplicador dese soldo-base que determinará o soldo que lle corresponde a cada corpo de funcionarios; uns trienios, que son o pagamento á antigüidade no servizo, e un complemento familiar que se concede en proporción ás cargas familiares que o funcionario debe manter. Ademais, e nos casos especiais que as normas citadas prevén, créanse outros posibles complementos de soldo e remuneracións que veñen completar os dereitos económicos do funcionario”*.

Para o que aquí interesa, como sistema de retribución do desempeño, debe observarse a regulación que se ofrece dos complementos de soldo. Estes, tal como se refire a eles Nieto García¹⁶, teñen un carácter discrecional, fronte ao carácter regulado do soldo, e excepcional, en canto a complemento da retribución básica. Inicialmente serían os de destino, dedicación especial e familiar conforme se regula nos artigos 5 e 8, pero produciuse un desordenado desenvolvemento da súa configuración que deu lugar á coexistencia dunha longa serie de complementos creados por vía regulamentaria¹⁷.

Entre eles, o complemento de dedicación especial, que por nomenclatura parecería poder acoller a retribución do desenvolvemento de carreira, e que se definía na Lei de funcionarios civís do Estado (artigo 99) como o que se pode conceder:

“a) A aqueles funcionarios aos que se lles exixa unha xornada de traballo maior que a normal.

b) Aos funcionarios que se acollan ao réxime de dedicación exclusiva ao servizo da Administración”.

Non mantíña, polo tanto, relación co desenvolvemento da carreira.

Foi no apartado referido a outras retribucións onde se atopaba un desenvolvemento inicial da carreira profesional. Así, dentro deste apartado regulábanse os incentivos, que, conforme a regulación contida no artigo 101.4 da Lei de funcionarios civís do Estado: *“... remunerarán un rendemento superior ao normal no traballo e estableceranse cando a natureza do servizo permita sinalar primas á produtividade”*.

Con posterioridade, o Decreto 889/1972¹⁸, do 13 de abril, polo que se regulaban as retribucións complementarias dos funcionarios da Administración civil do Estado, reitera tal conceptualización no seu artigo 10, pero sen realizar o superior desenvolvemento que se lle presupón a unha norma regulamentaria; así, di: *“Os incentivos, de acordo co disposto no artigo 101,4 da Lei de funcionarios civís do Estado, remunerarán un rendemento superior ao normal no traballo e estableceranse cando a natureza do servizo permita primas á produtividade”*.

¹⁶ NIETO GARCÍA, A., “La retribución de los funcionarios en España”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1967, pp. 38 e seguintes.

¹⁷ JUNQUERA GONZÁLEZ, J., GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, V. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Las retribuciones de los funcionarios públicos”, *Asociación Española de Administración Pública*, n. 1, 1979, pp. 73 e ss.

¹⁸ BOE n. 90 do 14 de abril de 1972, pp. 6646 a 6649.

De conformidade con este sistema, a fixación de tales incentivos correspondía ás xuntas de retribucións dos ministerios, que debían realizar unha distribución do crédito global que para este concepto se asignaba a cada departamento ministerial¹⁹.

Non é ata o Real decreto-lei 22/1977²⁰ de reforma da lexislación sobre funcionarios da Administración civil do Estado e persoal militar dos Exércitos de Terra, Mar e Aire cando o concepto retributivo de “carreira administrativa” se acuña. Pretendía remunerar individualmente o funcionario segundo a natureza dos traballos e postos desenvolvidos. O sistema partía dun grao inicial, determinado pola preparación técnica requirida para cada traballo desempeñado, como exigencia superior á propia de titulación para o ingreso nos corpos correspondentes. A permanencia durante cinco anos determinaba a consolidación do grao e o pase ao inmediatamente superior e coa adquisición de cada grao accedíase á percepción dunha nova cantidade fixa mensual. Este sistema, non obstante, nunca chegou a aplicarse, tanto polo complexo da súa configuración como polo incremento do gasto público que implicaba. Resulta evidente que a necesidade de valorar a carreira profesional xa existía, pero as limitacións orzamentarias, como en tantas outras ocasións, imposibilitaron a aplicación.

A Lei 30/1984²¹, de medidas para a reforma da función pública, derogou o réxime retributivo anterior, regulando as retribucións dos funcionarios nos artigos 23 e 24, ben que cunha intención de concreción e seguidista do anterior sistema. Así, o artigo 23 reiteraba a existencia de tres tipos de retribucións básicas (o soldo, os trienios e as pagas extraordinarias), e mantiña a existencia das retribucións complementarias (complemento de destino, específico e de produtividade) e das gratificacións por servizos extraordinarios.

Aínda que non se realizaban referencias á carreira profesional, si se transloce a futura importancia desta na súa exposición de motivos, na cal xa se establece a intención de efectuar unha relación directa entre o desempeño do posto de traballo e as retribucións: “A lei modifica, por iso, o actual sistema de retribucións, establecendo con claridade unha primacía importante para aquelas que van ligadas ao desempeño do posto de traballo”.

En canto á promoción profesional, establecía o ingreso na función pública nun corpo definido, regulando as relacións de postos de traballo os corpos que poden desenvolver cada posto concreto. Dentro de cada un dos cinco grupos (A a E), podíase acceder a un intervalo de niveis (globalmente, de 1 a 30), que é o que determinaba a contía do complemento de destino. Polo tanto, o paso duns a outros supuña o que a propia norma denominaba carreira administrativa e promoción profesional. A consolidación de grao requiría o desempeño durante dous anos continuados ou tres sucesivos

¹⁹ GARCÍA TREVIJANO, J.A., “Tratado de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Privado*, tomo III, volume II, Madrid, 1970, pp. 66 e ss.

²⁰ BOE n. 83 do 7 de abril de 1977, pp. 7764 a 7768.

²¹ BOE n. 185 do 3 de agosto de 1984, pp. 22629 a 22650.

de postos correspondentes a tal nivel. Este sistema coexistiu co propio da promoción interna para o ascenso ao corpo ou escala inmediatamente superior²².

2 O Estatuto básico do empregado público e a Lei da función pública de Galicia como marco xeral

O Texto refundido do Estatuto básico do empregado público de 2007²³ supuxo o intento de crear un marco común para todos os empregados públicos, con independencia do vínculo concreto de suxeición á Administración, pero non constitúe un texto completo, senón que require obrigatoriamente o desenvolvemento polas diferentes administracións territoriais, tal como expresamente prevé o artigo 6.

A afirmación de que supón un marco común para todos os empregados públicos susténtase na ampla configuración do artigo 2 do EBEP, non alterada no Texto refundido de 2015²⁴, que en canto á súa aplicabilidade ao persoal estatutario establece: “3. *O persoal docente e o persoal estatutario dos servizos de saúde rexeranse pola lexislación específica ditada polo Estado e polas comunidades autónomas no ámbito das súas respectivas competencias e polo previsto no presente estatuto, agás o capítulo II do título III, salvo o artigo 20, e os artigos 22.3, 24 e 84*”.

Esta complicada redacción parece manter a aplicabilidade a este persoal da regulación contida no artigo 20 do EBEP, avaliación do desempeño; 22.3, retribucións complementarias referidas ás características dos postos de traballo, a carreira profesional ou o desempeño, rendemento ou resultados; 24, retribucións complementarias e 84, mobilidade voluntaria entre administracións públicas.

A necesidade de desenvolvemento por normas territoriais que considera o artigo 6 non implica que non se efectúe unha regulación xenérica común. Así, para os funcionarios establece a estrutura das retribucións complementarias, con criterios superficiais en cumprimento do mandato constitucional correspondente ao seu carácter de norma básica. Realiza unha formulación xeral, establecendo unhas mínimas regulacións de obrigatorio respecto, formulación novidosa que foi acollida con posicións moi extremas ou foi benvinda como: “*o revulsivo que o noso emprego público necesita para avanzar cara a unha Administración máis próxima ao cidadán e que complete o inacabado círculo desempeño-control-recompensa, entendidos os dous extremos nos seus máis amplos termos*”²⁵ Padilla Ruiz; ou foi demonizado polos que entenden que

²² GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “La carrera administrativa en España: Evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, n. 210-211, maio-setembro de 1987, pp. 29 a 70. CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo de la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 16 e ss. PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo I. Introducción, organización administrativa, empleo público*, 26.ª ed., UNED, Ed. Académicas, Madrid, 2017, pp. 525 e ss. PIÑAR MAÑAS, J.L., “El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, n. 111, 1986, pp. 371 e ss.

²³ BOE n. 89 do 13 de abril de 2007, pp. 16270 a 16299 (EBEP).

²⁴ BOE n. 261 do 31 de outubro de 2015, pp. 103105 a 103159.

²⁵ PADILLA RUIZ, P., *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016, pp. 74.

reitera as apreciacións subxectivas do desempeño, con incerteza sobre o cumprimento das garantías dos dereitos dos empregados públicos²⁶.

Contén unha previsión interesante, en canto a aquí se refire, na disposición transitoria primeira, a denominada garantía de dereitos retributivos, que di: “1. - O desenvolvemento deste estatuto non poderá comportar para o persoal incluído no seu ámbito de aplicación a diminución da contía dos dereitos económicos e outros complementos retributivos inherentes ao sistema de carreira vixente para estes no momento da súa entrada en vigor, calquera que sexa a situación administrativa en que se atope”.

Recoñece, polo tanto, a posible existencia previa de sistemas de carreira, optando por garantir os dereitos que destes se teñan xerado. Esta garantía é máis teórica que real, dado que, malia os anteriores intentos de establecer un sistema de retribución vinculado ao efectivo desempeño, non se chegara a materializar, máis alá da regulada progresión no grao profesional.

É no artigo 16 onde se realiza unha aproximación inicial ao concepto, principios e modalidades da carreira profesional dos funcionarios de carreira. Para iso determina que se entende por carreira profesional “o conxunto ordenado de oportunidades de ascenso e expectativas de progreso profesional conforme os principios de igualdade, mérito e capacidade”. Prosegue no apartado 3 do mesmo artigo derivando ás leis de función pública que se diten en desenvolvemento do propio EBEP a regulación concreta, efectuando unha enumeración, con carácter aberto, que inclúe:

a) *Carreira horizontal, que consiste na progresión de grao, categoría, chanzo ou outros conceptos análogos, sen necesidade de cambiar de posto de traballo...*

b) *Carreira vertical, que consiste no ascenso na estrutura de postos de traballo polos procedementos de provisión...*

c) *Promoción interna vertical, que consiste no ascenso desde un corpo ou escala dun subgrupo, ou grupo de clasificación profesional no suposto de que este non teña subgrupo, a outro superior...*

d) *Promoción interna horizontal, que consiste no acceso a corpos ou escalas do mesmo subgrupo profesional...*

Expresamente considérase no propio artigo a posibilidade de simultanear as modalidades de carreira horizontal e vertical cando as dúas se implanten para un mesmo ámbito. Esta configuración non se efectúa como norma pechada, limitándose a establecer unha serie de posibilidades que cada Administración territorial deberá desenvolver.

A situación deste artigo no título III do EBEP “*Dereitos e deberes. Código de conduta dos empregados públicos*” e dentro deste no capítulo II “*Dereito á carreira profesional e á promoción interna. A avaliación do desempeño*” determina a súa configuración como un dereito do empregado público, o que parece implicar a obriga das lexislacións de cada Administración pública de proceder ao seu desenvolvemento²⁷. Historicamente

²⁶ FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Estatuto Básico y carrera funcional”, Linde Paniagua, E. (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 177 e ss.

²⁷ DE MIGUEL PAJUEL, F., “Artículo 16. Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera”, Palomar Olmeda, A. (dir.), Sempere Navarro, A.V. (dir.) e Quintanilla Navarro, R.Y. (coord.), *Comentario a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 171 a 180.

supón o primeiro recoñecemento da promoción profesional como un dereito individual do funcionario, impedindo así desenvolvementos normativos polas administracións territoriais que puidesen pretender obvio.

Configúranse ademais como un dereito que debe respectar en todo caso os principios de igualdade, mérito e capacidade que o artigo 103.3 da Constitución limitaba ata ese momento ao acceso á función pública. Con esta aproximación realízase unha concesión ás reivindicacións históricas dos interlocutores sociais, establecendo finalmente un sistema de carreira profesional con, polo menos, un intento de garantías de imparcialidade. Trátase dun sistema que, por primeira vez, vincula as posibilidades de promoción profesional ao desempeño profesional persoal e á consecución dos obxectivos da propia Administración²⁸.

O respecto aos principios de igualdade, mérito e capacidade que contempla o artigo 16 como reitores da carreira profesional implica a necesidade de efectuar unha avaliación do desempeño, tal como relaciona o artigo 20.3 ao dicir que “*As administracións públicas determinarán os efectos da avaliación na carreira profesional horizontal...*”.

O desenvolvemento efectuado polo EBEP deste dereito continúa a súa configuración no artigo 17, xa limitado á carreira horizontal dos funcionarios de carreira. Deberá configurarse mediante un sistema de graos, categorías ou chanzos de ascenso, con diferente remuneración, e que dependerá da valoración da traxectoria e actuación profesional, calidade dos traballos realizados, coñecementos adquiridos e o resultado da avaliación do desempeño, como mínimo. Tal avaliación dá lugar a continuar desenvolvendo a mesma función, sen cambio no posto de traballo, pero cun incremento de retribucións unido ao cambio de grao, categoría ou chanzo²⁹.

Novamente cómpre lembrar o carácter aberto do EBEP en canto a norma básica, que motiva que non se proceda a unha delimitación máis alá das características esenciais da carreira horizontal. E o sistema establecido no artigo 16, en que coexiste a tradicional posibilidade de carreira vertical, mediante o ascenso, cun innovador sistema de carreira horizontal mediante a progresión dos diversos chanzos do propio posto, vinculando o paso ao superior ao desenvolvemento de competencias e ao rendemento.

O mesmo carácter aberto se lles outorga aos sistemas de promoción interna considerados no artigo 18, en canto a sistema de promoción vertical novamente sometido ao acatamento dos principios de igualdade, mérito e capacidade, e cunha limitación temporal de dous anos de permanencia no posto. O punto de partida establécese a disposición adicional 10.^a, ao determinar: “*... a carreira profesional dos funcionarios de carreira iníciase no grao, nivel, categoría, chanzo e outros conceptos análogos correspondentes á praza inicialmente asignada ao funcionario tras a superación do correspondente proceso selectivo, que terá a consideración de mínimos. A partir daqueles, produciranse os ascensos que procedan segundo a modalidade de carreira aplicable a cada ámbito*”.

²⁸ NIETO ROJAS, P., “La evaluación del desempeño. Una Herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos”, *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008*, vol. 2, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección Xeral de Información Administrativa e Publicacións, Madrid, 2009, pp. 405-423.

²⁹ GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “El sistema de retribución por complementos”, *Documentación Administrativa*, n. 101-102, 1987, pp. 69 a 80.

Si se establece o mandato ás administracións públicas territoriais para que adopten “... *medidas que incentiven a participación do seu persoal nos procesos selectivos de promoción interna e para a progresión na carreira profesional*”. Para iso, o artigo 22 do EBEP realiza unha definición das retribucións complementarias como: “... *as que retribúen as características dos postos de traballo, a carreira profesional ou o desempeño, rendemento, resultados alcanzados polo funcionario...*”.

Nun sentido parecido, o artigo 24 establece que os complementos retributivos se basean na “... *progresión alcanzada polo funcionario dentro do sistema de carreira administrativa*”. Configúranse, polo tanto, as retribucións complementarias en íntima conexión co posto de traballo concreto e a actuación real do funcionario no desenvolvemento da posición³⁰.

Establece este artigo uns criterios básicos para o desenvolvemento territorial das retribucións complementarias. Así, preténdese fixar dentro de cada categoría unha serie de tramos polos que pode progresar o funcionario, logo de avaliación do seu desempeño e sen necesidade de proceder a un cambio de posto. Supón, por conseguinte, un incentivo económico ao bo facer no desenvolvemento das funcións que lle son propias.

A configuración concreta das retribucións complementarias difírese ás administracións territoriais, logo de negociación con representacións de funcionarios, dado que no artigo 37 do EBEP se conforma como unha das materias que require negociación previa.

En canto á implantación deste modelo, demórase no artigo 17 ao desenvolvemento polas leis das respectivas administracións, aínda que con sometemento a uns criterios básicos establecidos no EBEP e que determinan a articulación dun sistema de graos, categorías ou chanzos de ascenso que valoren a traxectoria e a actuación profesional, os coñecementos adquiridos e o resultado da avaliación do desempeño, sendo polo tanto unha reiteración do establecido na disposición adicional décima.

A enumeración de criterios avaliáveis non se configura como un sistema de *numerus clausus*, permitindo a incorporación polas administracións que deben desenvolverlo doutros cando a función concreta así o determine³¹. Tal como sinala Míguez Macho³²: “*Na súa condición de lexislación básica estatal, o estatuto presenta a característica, pouco frecuente neste tipo de normas, de que unicamente contén disposicións de carácter básico, co cal o seu desenvolvemento non só ten que ser levado a cabo polo lexislador autonómico, senón tamén polo lexislador estatal para o seu propio ámbito. Como consecuencia disto, tal como sinala a exposición de motivos do estatuto, o réxime da función pública estatal deixa de ser un modelo de referencia e cada un dos lexisladores competentes neste terreo está chamado a deseñar o seu modelo de organización e xestión do emprego público*”.

³⁰ LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41, 2005, pp. 141 e ss.

³¹ DE MIGUEL PAJUEL, F., “Artículo 16. Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera”, cit., pp. 171 a 180.

³² MÍGUEZ MACHO, L., “O desenvolvemento lexislativo do Estatuto básico do empregado público en tempos de crise: a nova Lei do emprego público de Galicia”, *Revista Galega de Administración Pública. Monográfico: Emprego Público*, n. 49, xaneiro-xuño de 2015, pp. 75 a 98.

A determinación do modelo aplicable tense que efectuar, en todo caso, mediante a opción por todos ou algúns dos sistemas previamente enumerados no EBEP. Ademais, tal como establece o artigo 20³³, mentres non se proceda a tal opción, co conseguinte despregamento, a lexislación anterior seguirá en vigor, dado que o articulado do EBEP soamente adquire plena vixencia co seu desenvolvemento. Por iso, que transcorre – sen oito anos entre a aprobación do texto inicial do EBEP e a promulgación da Lei do emprego público de Galicia³⁴ chama a atención, máxime cando o seu antecedente é o Decreto lexislativo 1/2008 polo que se aprobou o Texto refundido da Lei da función pública de Galicia³⁵, aprobado xa promulgado o EBEP.

Como dixemos, este desenvolvemento derivado, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, efectuouse mediante a Lei 2/2015 da función pública de Galicia, cuxo obxecto se establece no artigo 1 nos seguintes termos:

“Esta lei ten por obxecto a regulación do réxime xurídico da función pública galega e a determinación das normas aplicables a todo o persoal ao servizo das administracións públicas incluídas no seu ámbito de aplicación, en exercicio das competencias atribuídas á Comunidade Autónoma de Galicia no seu Estatuto de autonomía e en desenvolvemento do Estatuto básico do emprego público”.

Tal desenvolvemento está limitado polo sistema de competencias establecido no artigo 149.1.18 da Constitución, polo que se ten que facer de forma coherente co EBEP. Ao que non estaba obrigado o texto galego era á reprodución literal, nesta parte, da estrutura do texto nacional. Así, a regulación da carreira profesional efectúase dentro do título VI, dereitos e deberes individuais dos funcionarios. Este título é o máis extenso e complexo da lei, estruturándose en tres capítulos: disposicións xerais; promoción profesional e valoración do desempeño e mobilidade do persoal funcionario. É no capítulo II, referido á promoción profesional e avaliación do desempeño, onde se debería atopar a concreción das modalidades de carreira profesional, pero o artigo 75 enumera todas as posibilidades da lei nacional, contemplando a carreira horizontal, a carreira vertical, a promoción interna horizontal e a promoción interna vertical, pero derivando o réxime concreto ao desenvolvemento regulamentario.

Polo tanto, o texto optou por non realizar concrecións ao réxime contemplado no EBEP, regulando os principios básicos do seu desenvolvemento, pero procedendo a diferir a regulación pormenorizada ao ámbito regulamentario. Estes principios básicos, como non podía ser doutro xeito, respectan a configuración legal do EBEP, e reiteran que a valoración se deberá efectuar como avaliación individualizada de cada

³³ *Artigo 20. A avaliación do desempeño.*

1. As administracións públicas establecerán sistemas que permitan a avaliación do desempeño dos seus empregados. A avaliación do desempeño é o procedemento mediante o cal se mide e valora a conduta profesional e o rendemento ou o logro de resultados.

3. As administracións públicas determinarán os efectos da avaliación na carreira profesional horizontal, a formación, a promoción de postos de traballo e na percepción das retribucións complementarias previstas no artigo 24 do presente estatuto.

5. A aplicación da carreira profesional horizontal, das retribucións complementarias derivadas do apartado c) do artigo 24 do presente estatuto e o cesamento do posto de traballo obtido polo procedemento de concurso requirirán a aprobación previa, en cada caso, de sistemas obxectivos que permitan avaliar o desempeño de acordo co establecido nos apartados 1 e 2 deste artigo.

³⁴ DOG n. 82 do 4 de maio de 2015, pp. 17003 a 17193; BOE n. 123 do 23 de maio de 2015, pp. 43530 a 43656.

³⁵ DOG n. 114 do 13 de xuño de 2008, pp. 11359 a 11389; BOE n. 167 do 11 de xullo de 2008, pp. 30446 a 30470.

empregado e non global das unidades administrativas, o que se deberá levar a cabo mediante criterios e procedementos de carácter obxectivo.

A propia exposición de motivos, ante a novidade que supón a inclusión da carreira horizontal, así como o mantemento dos sistemas máis tradicionais, atrasa a efectividade deste apartado ata o seu desenvolvemento pormenorizado por vía regulamentaria, dada a necesaria adaptación a cada un dos ámbitos da función pública. Por iso, a normativa galega, no referido á carreira profesional, supón a reiteración da normativa nacional, sen que se proceda a concretar o réxime polo que se opta.

Parte como base da delimitación no artigo 76 do concepto de itinerarios profesionais como “... o conxunto de corpos e escalas dos distintos grupos e subgrupos de clasificación profesional do persoal funcionario de carreira que conforman unha área de competencias, capacidades, coñecementos e formación comúns e que habilitan para o exercicio dunha profesión no ámbito da Administración especial ou dun conxunto de actividades administrativas no ámbito da Administración xeral”. Configurando así a carreira profesional horizontal a partir da existencia de tres categorías profesionais, de ingreso, media e superior, divididas cada unha delas en tres graos de ascenso aos que vai vinculado o complemento retributivo de carreira que crea a propia lei. O acceso efectuarase en todo caso na categoría de ingreso e no grao inferior desta, determinando o paso dunha categoría o logro do grao superior desta, e, salvo supostos excepcionais, o itinerario efectuarase de xeito consecutivo.

O progreso na carreira efectúase tendo en conta a antigüidade no grao ou categoría, a avaliación positiva do desempeño profesional, os coñecementos adquiridos e outros méritos e aptitudes referidos á especificidade da función desenvolvida e a experiencia. A valoración do desempeño, como concepto novo incluído no EBEP, expórtase á Lei do emprego público de Galicia, pero derivando a súa configuración a normas regulamentarias que realicen a concreción sobre os principios xa expostos: avaliación individualizada mediante criterios obxectivos.

Como garantía, establécese o carácter irreversible da progresión na carreira horizontal, con excepción dos casos de sanción disciplinaria de demérito, conforme establece o artigo 76 da lei. Todo iso mantendo a compatibilidade entre a carreira horizontal e vertical, ao permitirse a progresión simultánea en ambas as dúas.

En canto á promoción interna vertical, establécese unha reserva do 25% das prazas a cubrir para o persoal da categoría e grao inferior, aínda que coa limitación da titulación e a permanencia mínima de dous anos no posto anterior. Ademais, fíxase unha preferencia do persoal que accedera á nova categoría por promoción interna na elección de posto fronte aos que concorren ao mesmo procedemento mediante a quenda libre. A promoción interna horizontal é dotada dun sistema equivalente.

Polo tanto, o sistema de carreira profesional que se establece ten a súa pedra angular na avaliación do desempeño, mediante a que “... se mide e valora a conduta profesional e o rendemento ou logro de resultados dos empregados públicos” (artigo 83), pero o establecemento dos sistemas concretos de avaliación difírese ao desenvolvemento regulamentario. Para a súa configuración pevese expresamente a participación das organizacións sindicais e, tendo como obxectivo preservar os principios de igualdade,



mérito e capacidade, de obrigado respecto, constitúense órganos especializados dotados de autonomía funcional para a realización da avaliación.

De entre os criterios que o artigo 84 establece para proceder á avaliación, con carácter obrigatorio terase que valorar o grao de cumprimento dos deberes profesionais dos empregados públicos, o grao de interese, iniciativa e esforzo cos que realicen o seu traballo e, en particular, a implicación destes na actualización e perfeccionamento da súa cualificación profesional. Trátanse de conceptos xurídicos indeterminados todos eles onde os haxa.

Establécese como criterio necesario a medición da contribución individual de cada empregado público, no marco da avaliación da unidade administrativa na que preste os seus servizos, á consecución dos obxectivos da unidade e á mellora da organización e xestión a través da participación en procesos de innovación e de boas prácticas en favor da excelencia e a normalización e racionalización de procesos.

Preténdese así fuxir dos sistemas de avaliación globais das unidades administrativas, individualizando a colaboración dos empregados públicos na consecución dos obxectivos.

Unha avaliación positiva dá lugar á consecución dunha retribución complementaria regulada no artigo 137 segunda, c), o complemento de desempeño, cuxa contía global se establecerá anualmente na Lei de orzamentos xerais en relación cos custos globais de persoal de cada programa e cada órgano. A asignación concreta responderá a criterios obxectivos, regulamentariamente establecidos, coa participación obrigatoria dos órganos de representación do persoal.

Isto supón a modificación do sistema de retribucións complementarias, modificación que a propia exposición de motivos xa establece como de gran calado, e iso porque o *“... complemento de destino se substituirá por un novo complemento de carreira, ligado á progresión na carreira horizontal, mentres o complemento específico se converterá nun complemento de posto de traballo, vinculado ás características deste e estruturado en dous compoñentes: un de dedicación e outro competencial. Pola súa banda, o complemento de produtividade deixará paso ao complemento de desempeño, dependente da avaliación deste último”*.

Todos estes cambios postérganse ao momento da implantación efectiva do sistema de carreira, como establecen as disposicións transitorias oitava, novena e décima. Nelas establécese o mantemento dos 30 niveis preexistentes ata que se produza o desenvolvemento efectivo, de conformidade coas previsións expresas contidas nos diversos apartados de tales disposicións, sendo as equivalencias temporais básicas entre o complemento retributivo de carreira previsto na nova lei e o complemento de destino que figurará nas relacións de postos de traballo e será igual para todos os postos do mesmo nivel; e entre o novo complemento retributivo de posto de traballo e o complemento específico existente á entrada en vigor da norma, como complementos que retribúen *“... as condicións particulares dalgúns postos de traballo en atención á súa especial dificultade técnica, dedicación, responsabilidade, incompatibilidade, perigosidade ou penosidade”*.

Ata a entrada en vigor do procedemento de avaliación do desempeño, o complemento retributivo previsto na nova norma será substituído por un complemento de produtividade cuxas circunstancias se regulan na disposición transitoria décima. A regulación pola que se optou en Galicia constitúe a reiteración das previsións do EBEP; non se efectuou unha aposta clara por ningún dos sistemas contidos neste, senón que se procedeu a reproducir o seu contido. Todo iso coa constante referencia aos posteriores desenvolvementos regulamentarios como vía para a concreción do sistema. Podería esta fórmula lexislativa entenderse como vulneradora da reserva de lei? Posiblemente esta conclusión sexa exaxerada, pero non hai dúbida de que o regulamento non é o instrumento xurídico máis axeitado para establecer unha realidade tan complexa como a carreira profesional.

3 A carreira profesional do persoal estatutario nos antecedentes históricos do actual sistema

Tal como se recolle no traballo de Parrilla Valero³⁶, “*Ata o século XIX non houbo en España unha organización sanitaria municipal estable. Aínda que desde a Idade Media se coñece a existencia das Xuntas Locais de Sanidade (Xuntas do Morbo, ou morbaría), tratábase de órganos non permanentes, formados por varios dos rexedores do municipio e algún médico, cuxa función era loitar contra as epidemias. O carácter destas primeiras xuntas era máis de policía sanitaria (orde pública) que de saúde pública (saneamento)*”.

Malia o remoto destes antecedentes, a pretensión de regulación inicial tivo como base a Constitución de Cádiz de 1812³⁷, que lles outorgaba aos concellos as funcións de “*policía de salubridade, e de comodidade e coidado dos hospitais, hospicios, casas de expósitos e demais establecementos de beneficencia*”. Mediante a Instrución sanitaria de 1813 desenvolveuse, concedéndolles aos concellos o carácter de máxima autoridade en materia de vixilancia da saúde da poboación³⁸. Xa durante o trienio liberal, en 1821, aprobouse o Regulamento xeral de beneficencia³⁹, que outorgaba aos concellos a responsabilidade en materia de casas de maternidade, lactación, educación infantil, casas de socorro, socorro domiciliario e hospitalidade pública. En 1822 ten lugar o primeiro intento de regulación mediante unha lei sanitaria estatal, o Proxecto de Código Sanitario⁴⁰, proxecto truncado por ter a súa base nos principios liberais da Constitución de 1812 e ser excesivamente progresista para Fernando VII⁴¹.

Non é ata a morte de Fernando VII, e o comezo da modernización do país, cando xorden novos intentos de regulación estatal da materia. Así, o 24 de marzo de 1847

³⁶ PARRILLA VALERO, F., “En busca del origen de los farmacéuticos titulares”, *Gaceta Sanitaria*, n. 23 (I), 2009, pp. 72 a 75.

³⁷ Cádiz, Imprenta Real, 19 de marzo de 1812.

³⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España: evolución histórica y situación actual*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

³⁹ León, 27 de decembro de 1821.

⁴⁰ Presentado ás Cortes Xerais o 22 de abril de 1822.

⁴¹ FARRERONS NOGUERA, L., *Historia del sistema sanitario español: Debates parlamentarios, 1812-1986*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2013, pp. 14 a 21.

publícase o Real decreto orgánico de sanidade⁴², que crea a estrutura da sanidade española. Este sistema baseábase nunha estrutura en tres niveis de organización: estatal, provincial e municipal. A nivel estatal, as competencias residían no Consello de Sanidade como máximo órgano consultivo e na Dirección Xeral de Sanidade como órgano executivo incluído na estrutura do Ministerio de Gobernación. No ámbito provincial, créase un negociado administrativo de Sanidade nos gobernos civís, cun órgano asesor e de policía sanitaria denominado Xunta Provincial de Sanidade e un órgano executivo constituído polas subdelegacións de Sanidade.

É na sede destas subdelegacións onde xorde o antecedente máis remoto de regulación diferenciada para o persoal do ámbito sanitario, o Regulamento para as subdelegacións de Sanidade Interior do Reino, do 24 de xullo de 1848⁴³, aplicable aos que exercen as profesións de Medicina, Farmacia e Veterinaria. Este texto normativo, completado pola Lei do 28 de novembro de 1855 sobre servizo xeral de sanidade⁴⁴, pola que, tal como refiren Pérez Gálvez e Villegas Oliva⁴⁵, “... *se institúen os xurados médicos provinciais de cualificación, que tiñan por obxecto prever, amoestar e cualificar as faltas que cometesen os profesionais no exercicio das súas facultades, así como regularizar os seus honorarios, reprimir os abusos e establecer unha severa moral médica*”. Contínha, polo tanto, esta normativa unha referencia expresa aos emolumentos a percibir polo exercicio das profesións médicas, como antecedente máis remoto á regulación económica da profesión, aínda que sempre desde a perspectiva do exercicio independente. Constitúe así mesmo a creación inicial de órganos executivos para a xestión e administración da sanidade. Posteriormente ditouse a Instrución xeral, Real decreto do 12 de xaneiro de 1904⁴⁶, pero esta non efectuaba novas referencias ás retribucións dos profesionais da medicina.

En 1914 realizouse un novo intento de regulación estatal mediante a proposición de lei formulada por Antonio Lerroux, do Partido Republicano Radical⁴⁷, por medio da cal se pretendía a transformación dos médicos titulares en funcionarios. Estes intentos de regulación unicamente cristalizaron en certa reforma administrativa mediante o Decreto do 25 de novembro de 1933 polo que a Subsecretaría de Sanidade e Beneficencia pasou do Ministerio de Gobernación ao Ministerio de Traballo, posteriormente Ministerio de Traballo, Sanidade e Previsión⁴⁸. Así, a sanidade pasa de ser

⁴² *Gaceta de Madrid* n. 4574 do 24 de marzo de 1847, pp. 1 e 2.

⁴³ *LA UNIÓN, Anales de cirugía y regenerador. Periódico de la Academia Quirúrgica Matritense, oficial de la Cesaraugustana y Mallorquina*, ano 1, n. 43, do 27 de agosto de 1958, pp. 310 e ss. *Colección Legislativa de España*, segundo cuatrimestre de 1858, tomo 54, pp. 260 a 268.

⁴⁴ *Gaceta de Madrid* n. 1068 do 7 de decembro de 1855, pp. 1 e 2.

⁴⁵ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. e VILLEGAS OLIVA, A., “El personal estatutario del Sistema Nacional de Salud español”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* n. 10, segundo semestre 2013, pp. 57 a 92.

⁴⁶ Real decreto polo que se aproba con carácter definitivo a adxunta Instrución xeral de sanidade pública, *Gaceta de Madrid* do 22 de xaneiro de 1904, pp. 273 a 275; Instrución xeral de sanidade pública (conclusión), *Gaceta de Madrid* do 23 de xaneiro de 1904, pp. 290 a 295.

⁴⁷ *Diario de Sesiones* das Cortes de Cádiz do 19 de maio de 1914, p. 728.

⁴⁸ *Gaceta de Madrid* n. 363 do 29 de decembro de 1933, pp. 2257 e 2258.

unha cuestión de policía interior a un perfil de atención sanitaria⁴⁹. O seguinte paso na regulación dos profesionais da saúde segue estando no ámbito local, mediante a Lei de coordinación sanitaria do 11 de xullo de 1934⁵⁰. Esta norma pretendía tanto o incremento dos emolumentos dos médicos titulares como regularizar o aboamento por parte dos concellos⁵¹. O convencemento de que os atrasos no aboamento dos salarios derivaban da dependencia dos municipios e da súa estrutura caciquil é a causa do cambio de sistema na regulación das prestacións profesionais deste colectivo. Para lograr este obxectivo, converte os municipios en axentes subordinados do Estado en canto á prestación de servizos sanitarios. Tal como establece a propia norma, “*A sanidade pasa a ser unha función pública*. Esta norma constitúe o primeiro paso para a estabilización da sanidade en España.

Seguindo as indicacións da norma de 1934, en canto ás necesidades de desenvolvemento dun novo sistema de saúde, o exercicio profesional da medicina estritamente por conta do Estado regúlase por primeira vez na Lei do 14 de decembro de 1942⁵² do seguro obrigatorio de enfermidade, cuxa exposición de motivos establecía: “*O seguro de enfermidade, establecido en moitos países de Europa, non se implantara en España como consecuencia das loitas imperantes entre os diversos partidos políticos, en que os intereses particulares en xogo impedían esta realización. Superadas estas loitas e promulgado o Foro do Traballo, na declaración décima do cal se ordena o establecemento dun seguro total, dispúxose por parte do Ministerio de Traballo o estudo e redacción desta lei, na cal, recolléndose as experiencias necesarias, se plasmase nunha realidade este seguro, con carácter obrigatorio para os produtores economicamente débiles e coa amplitude e xenerosidade propia da nosa revolución nacionalsindicalista*”.

Con tal pretensión, regulábase a existencia dun seguro obrigatorio de enfermidade e maternidade que paralelamente por primeira vez lle outorgaba ao persoal sanitario un réxime conforme o cal a prestación dos servizos médicos do seguro se realizaría a través da Obra «18 de Julio», agás cando en virtude de concerto directo co Instituto Nacional de Previsión correse a cargo de institucións dependentes do Estado, provincia ou municipio. Determinábase expresamente que o Servizo Médico do Seguro sería organizado polo Instituto Nacional de Previsión, conforme a normas xerais de funcionamento elaboradas por unha comisión composta por representantes do Estado, a Delegación Nacional de Sindicatos de FET e das JONS e o propio Instituto Nacional de Previsión.

Creábase mediante esta norma o sistema de concertos, por medio do cal a Obra «18 de Julio» podía pactar a colaboración de caixas de empresas, mutualidades e igualatorios médicos que reunisen as condicións mínimas fixadas polas direccións xerais de Sanidade e Previsión, sometidos en todo caso ás normas ditadas para o servizo polo

⁴⁹ TOWSON, N., “Saneando la Sanidad: La Ley de Coordinación Sanitaria de 1934”, *La crisis constitucional desde una perspectiva republicana*. Centro de Investigación y Estudios Republicanos, caderno 11, n. 57, outubro de 2005, pp. 25 a 38.

⁵⁰ *Gaceta de Madrid* n. 196 do 15 de xullo de 1934, pp. 538 a 543.

⁵¹ Os continuos atrasos no aboamento dos salarios dos médicos titulares constátanse nas intervencións de diversos médicos recollidas no *Diario de Sesiones* das Cortes do 12, 19 e 20 de xuño de 1934.

⁵² BOE n. 361 do 27 de decembro de 1942, pp. 10592 a 10597.

Instituto Nacional de Previsión. Cada médico do seguro tería ao seu cargo a asistencia dun número concreto de beneficiarios. En relación co sistema de remuneración dos médicos do seguro, determinábase en función dunha cantidade fixa por cada familia que lle fose asignada, creando desta forma un réxime pseudofuncionario sen unha denominación diferenciada, o xerme do posterior réxime estatutario⁵³. Non se incluían os médicos titulares no réxime funcional, deixando este colectivo á marxe da regulación propia do persoal público, pero si se lles sometía ás instrucións e regulacións establecidas polos órganos do Estado. Posiblemente tal exclusión derive da compatibilidade da prestación de servizos para a Obra «18 de Julio» e para o ámbito privado.

Pouco tempo despois, a Lei de bases da sanidade nacional, do 25 de novembro de 1944⁵⁴, realizou unha superficial referencia á organización profesional de médicos na súa base 12, pero sen efectuar unha maior concreción en canto ao réxime aplicable a este colectivo, dado que se centra na creación e funcionamento das organizacións colexiais de médicos, practicantes e odontólogos. Tampouco se atopa no posterior Regulamento de servizos das corporacións locais, aprobado polo Decreto do 17 de xuño de 1955⁵⁵, regulación referida ao réxime de prestación de servizos médicos, limitándose a determinar os corpos profesionais que se integran en tales servizos.

As orixes do actual réxime estatutario, como aquel en que se inclúen os que desenvolven os servizos de prestación de asistencia sanitaria encomendada ao Instituto Nacional de Previsión, ten o seu precedente na Lei de bases de Seguridade Social aprobada o 28 de decembro de 1963⁵⁶, e no posterior texto articulado da Lei da Seguridade Social, Decreto 907/1966 do 21 de abril⁵⁷.

A Lei de bases da Seguridade Social de 1963 establecía na súa base 6.^a, apartado 24.d), que os servizos sanitarios da Seguridade Social se prestarían segundo o estatuto xurídico que legalmente se determinase, e a Lei articulada de 1966, no seu artigo 45, reiteraba que a relación entre as entidades xestoras e o persoal ao seu servizo se regularía conforme o previsto nos estatutos de persoal.

Polo tanto, xa se establecía a base do sistema estatutario, reiterado no artigo 116 da Lei da Seguridade Social de 1966, que dicía:

“1.- A relación entre as entidades xestoras e, se é o caso, servizos da Seguridade Social e o persoal ao seu servizo regularase polo previsto nos estatutos de persoal aprobados polo Ministerio de Traballo ou polo Estatuto xeral aprobado polo propio ministerio.

2.- Sen prexuízo do carácter estatutario da dita relación, a xurisdición de Traballo será a competente para coñecer das cuestións contenciosas que se susciten entre as entidades xestoras e o seu persoal...”

Tal regulación fixo xurdir un profundo debate sobre a natureza da relación entre o persoal estatutario e a Seguridade Social, probablemente pola ambigüidade do termo

⁵³ ALONSO OLEA. M., *Las prestaciones del sistema nacional de la salud*, Civitas, Madrid, 1999, p. 73: “... la relación no es laboral –ni común, ni especial– ni estrictamente funcional, sino estatutaria, regida por sus propias normas”.

⁵⁴ BOE n. 331 do 26 de novembro de 1944, pp. 8908 a 8936.

⁵⁵ BOE n. 196 do 15 de xullo de 1955, pp. 4266 a 4277.

⁵⁶ BOE n. 312 do 30 de decembro de 1963, pp. 18181 a 18190.

⁵⁷ BOE n. 96 do 22 de abril de 1966, pp. 4778 a 4807.

“estatutario” que cualificou historicamente a este persoal, así como pola inicial determinación da xurisdición social como a competente para coñecer dos litixios entre tal colectivo e a Administración empregadora. Así, diversos autores consideraron que o persoal do Sistema Nacional de Saúde estaba composto por persoal estatutario e laboral, mentres que a caracterización funcional quedaba limitada ás administracións públicas, outorgando liberdade o sistema para que o futuro estatuto-marco se decantase pola aplicación das normas laborais ou funcionariais⁵⁸.

Sobre a orixe da diferenciación de réxime xurídico, mantén Desdentado Bonete⁵⁹ que *“a resistencia máis persistente do persoal sanitario a entrar no estatuto xeral da función pública mostra que probablemente haxa outras razóns máis profundas para o mantemento desas peculiaridades, que se relacionan coas formas de exercicio das profesións sanitarias e, en particular, da profesión médica, que actuou como un elemento fortemente condicionante do tratamento normativo das restantes”*.

Respecto das retribucións deste persoal sanitario, facíase na Lei xeral da Seguridade Social de 1966 unha limitada regulación, mantendo como base a remuneración mediante cantidade fixa por cada persoa titular ou por cada beneficiario cuxa asistencia teña o seu cargo, ou mediante unha tarifa oficial obrigatoria por acto médico para todos os facultativos ou persoal sanitario non integrado directamente ou por concerto nos servizos sanitarios.

En desenvolvemento da base referida aos estatutos de persoal, o 23 de decembro de 1966 aprobouse o Estatuto xurídico do persoal médico da Seguridade Social por medio do Decreto 3160/1966⁶⁰, cuxo capítulo IV, sección 1.^a, regulaba as retribucións. En concreto, o artigo 39 referíase aos sistemas de retribución, xa sexa por cantidade fixa por cada titular ou beneficiario de asistencia sanitaria; por soldo; por cantidade fixa e periódica no caso de persoal adscrito a servizos xerarquizados; por acto médico, conforme a tarifa; ou por cantidade calculada en función do número e clase de intervención realizada.

Este réxime económico complementábase no artigo 31 con regulacións accesorias, como poden ser as correspondentes a urxencias, servizos de localización ou acumulacións; no artigo 32 co réxime de retribucións por substitucións durante o período vacacional anual, por enfermidade ou outras causas de ausencia dos titulares; no artigo 33 coa retribución complementaria por desprazamento a outra localidade; no artigo 35 coas gratificacións extraordinarias; ... todas elas retribucións alleas ao concepto de carreira profesional.

Non se atopa no texto referencia ningunha ao desenvolvemento profesional do facultativo, salvo a regulación do capítulo V, denominado “Das recompensas” (artigos

⁵⁸ SALA FRANCO, T., “El personal al servicio del Sistema Nacional de la Salud”, AA.VV., *Cuestiones de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo e Seguridade Social, Madrid, 1990, pp. 330-331. PENDAS GARCÍA, B., “El régimen jurídico del personal al servicio de las entidades gestoras, servicios de intervención general e instituciones sanitarias de la Seguridad Social”, AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultade de Dereito, Universidade Complutense, Madrid, 1980, pp. 419 e ss.

⁵⁹ DESDENTADO BONETE, A. e DESDENTADO DAROCA, E., “El sistema normativo de la relación de servicio del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Exemplar dedicado a: Persoal estatutario da Seguridade Social), CXPX, Madrid, 2000, p. 15.

⁶⁰ BOE n. 312 do 30 de decembro de 1966, pp. 16486 a 16494.

4,6 a 4,9), coas que se pretendían premiar as actuacións meritorias e os servizos extraordinarios mediante mencións honoríficas, bolsas de estudos, publicacións de traballo, viaxes de perfeccionamento, asistencia a congresos, etcétera⁶¹.

En canto ao resto das categorías, regulación equivalente contense no Estatuto do Persoal Auxiliar Sanitario Titulado e Auxiliar de Clínica da Seguridade Social, aprobado por Orde do Ministerio de Traballo do 26 de abril de 1973⁶², norma que refundiu os estatutos xurídicos das enfermeiras, os practicantes-axudantes técnicos sanitarios, e das matronas e axudantes técnicos sanitarios femininos en posesión do Diploma de Asistencia Obstétrica, do 22 de abril e 16 de xuño de 1967, así como as normas estatutarias de auxiliares de clínica da Seguridade Social ditadas polo Instituto Nacional de Previsión mediante circular de réxime interno. A denominación inicial modificouse mediante a Orde do 26 de decembro de 1986⁶³ substituíndoa pola definitiva de Estatuto do persoal sanitario non facultativo.

No mesmo sentido, no ámbito do persoal non sanitario, o Estatuto de persoal non sanitario ao servizo das institucións sanitarias da Seguridade Social, aprobado pola Orde do Ministerio de Traballo do 5 de xullo de 1971⁶⁴, inicialmente publicado como Regulamento de persoal de servizos especiais de oficio e subalterno das institucións sanitarias da Seguridade Social pola Orde ministerial do 28 de xullo de 1968⁶⁵.

Tal como sinala Coronado Benito⁶⁶, «*xunto a toda esa normativa xeral ou estatal citada cabería engadir, de interese para a nosa materia, o RD do 13 de xullo de 1986, e a Orde do 19 de igual mes e ano sobre integración dos hospitais clínicos incluídos no INSALUD ou RASSSA; o RD 521/1987, do 15 de abril, que aproba o Regulamento sobre estrutura, organización e funcionamento de hospitais, que substituíu o Regulamento 1972; o RDL 1/99, do 8 de xaneiro, sobre selección de persoal estatutario, que veu substituír o artigo 34 da Lei 4/90, do 29 de xuño, e o RD 118/91, declarado nulo polo Tribunal Constitucional; e o RDL 1/99, que foi derogado e relegado a rango regulamentario pola Lei 30/99, do 5 de outubro, e cuxo obxecto é “sentar as bases permanentes en materia de selección e provisión de prazas do persoal estatutario dos servizos de saúde (...), que vén anticipar unha parte esencial do marco estatutario do dito persoal, que lle corresponde establecer ao Estado, de acordo co previsto nos apartados 16 e 18 do punto 1 do artigo 149 da CE”*».

Faise referencia a este colectivo de persoal expresamente na Lei do Estatuto dos traballadores de 1980⁶⁷, artigo 1.3.a), pero unicamente para sinalar, sen lugar a dúbida, a súa exclusión do ámbito de aplicación da norma, ao descartar “*a relación de servizo (...) do persoal ao servizo do Estado, as corporacións locais e as entidades públicas*”.

⁶¹ GARCÍA NINET, J.I., “Antecedentes o Precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud”, *Derecho y Salud*, volume 14, número extra 2, 2006, pp. 1 a 21.

⁶² BOE n. 102 do 28 de abril de 1973, pp. 8519 a 8525.

⁶³ BOE n. 10 do 12 de xaneiro de 1987, pp. 664 a 665.

⁶⁴ BOE n. 174 do 22 de xullo de 1971, pp. 12015 a 12024.

⁶⁵ BOE n. 168 do 13 de xullo de 1968, pp. 10251 a 10258.

⁶⁶ CORONADO BENITO, M., “Derecho sanitario y personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: Régimen retributivo de dicho personal”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Exemplar dedicado a: Persoal estatutario da Seguridade Social), CXPX, Madrid, 2000, p. 336.

⁶⁷ BOE n. 64 do 14 de marzo de 1980, pp. 5799 a 5815.

autónomas, cando, ao abeiro dunha lei, esa relación se regule por normas administrativas ou estatutarias". A dita exclusión, en palabras de Montoya Melgar⁶⁸, supón que *"O persoal estatutario das institucións sanitarias da Seguridade Social se definirá negativamente, a partir deste precepto do ET, como aquel cuxa relación nin se somete ao Estatuto dos traballadores nin ao Estatuto da función pública. De aquí que non resulte nada impropio aplicarlle ao devandito persoal a cualificación de tertium genus que adoita adxudicarlle a doutrina"*.

O seguinte fito legislativo no desenvolvemento xurídico do réxime retributivo estatutario é a Lei 14/1986, xeral de sanidade⁶⁹, no artigo 84.1 da cal se determinaba como réxime legal deste persoal que se establecese nun estatuto marco que debería aprobar o Goberno en desenvolvemento de tal texto⁷⁰. Determinábase no artigo 84.2 o contido mínimo deste futuro estatuto, constando entre outros extremos o sistema retributivo aplicable a este persoal. Antes de que efectivamente se realizase tal regulación dunha forma completa mediante un estatuto marco coa Lei 55/2003⁷¹, normativa parcial constituíu o marco xurídico deste persoal. Así, mediante o Real decreto lei 3/1987, sobre retribucións do persoal estatutario do Instituto Nacional da Saúde⁷², estableceuse o sistema retributivo aplicable a este colectivo. Esta norma, conforme a súa exposición de motivos, tiña un carácter provisional ata a efectiva aprobación do necesario estatuto marco, supondo *"... unha anticipación do novo réxime retributivo do persoal do Instituto Nacional da Saúde, sen prexuízo de que o dito réxime sexa recollido na lei que aprrobe o estatuto-marco, cuxo proxecto será remitido, en breve, ás Cortes"*. O Real decreto lei 3/1987 pretendeu delimitar as retribucións básicas do persoal estatutario, simplificando, polo menos en teoría, o seu réxime retributivo. Para iso, establecía como únicas percepcións: as retribucións básicas –soldo, trienios e pagas extraordinarias– e complementarias –complemento de destino, específico, de produtividade e de atención continuada–.

Dentro das retribucións complementarias, e en canto ao desempeño profesional, só establecía no seu artigo 2.3.c): *"c) O complemento de produtividade, destinado á remuneración do especial rendemento, o interese ou a iniciativa do titular do posto, así como a súa participación en programas ou actuacións concretas. A determinación individual da súa contía efectuarase dentro das dotacións orzamentarias previamente acordadas e de conformidade coa normativa vixente.*

En todo caso, as cantidades que perciba cada persoa por este concepto serán de coñecemento público do persoal da institución sanitaria onde preste servizos, así como dos representantes sindicais".

⁶⁸ MONTROYA MELGAR, A., "El personal estatutario de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud", *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Exemplar dedicado a: Persoal estatutario da Seguridade Social), CXPX, Madrid, 2000, p. 106.

⁶⁹ BOE n. 102 do 29 de abril de 1986, pp. 15207 a 15224.

⁷⁰ PÉREZ GÓMEZ, J.M. e PÉREZ LÓPEZ, R., "Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud", *Derecho y Salud*, volume 13, n. 2, 2005, pp. 187 a 209.

⁷¹ BOE n. 301 do 17 de decembro de 2003, pp. 44742 a 44763.

⁷² BOE n. 219 do 12 de setembro de 1987, pp. 27649 a 27650.

Este complemento de produtividade non chegou a ter un gran desenvolvemento, sendo nos servizos de saúde españois utilizado para a retribución dos cargos de xefatura ou dirección, pero non como un sistema de carreira profesional propiamente dito.

Mínima referencia á carreira profesional se atopa na Resolución do 10 de agosto de 1990 da Dirección Xeral de Traballo, pola que se dá publicidade ao pacto subscrito entre a representación da Administración sanitaria do Estado e as organizacións sindicais Comisiones Obreras e CSIF sobre diversos asuntos estatutarios e de carreira profesional relativos ao persoal estatutario que presta servizos nas institucións sanitarias da Seguridade Social dependentes do INSALUD⁷³. Neste pacto subscrito na Mesa Sectorial de Sanidade da Administración do Estado, en relación coa carreira profesional establécese:

“Por parte do Ministerio de Sanidade e Consumo realizaranse as actuacións necesarias para a promulgación da normativa con rango de lei que permita articular durante 1991 a carreira profesional do persoal do Sistema Nacional de Saúde. A negociación sobre o deseño e implantación da carreira profesional, o seu tratamento retributivo e a adecuación das actuais categorías e postos de traballo respecto dos novos niveis profesionais desenvólvese durante o segundo semestre de 1990 e os primeiros meses de 1991.

Neste sentido, antes de finalizar o ano 1990, iníciase, no Grupo de Traballo correspondente, a negociación da carreira profesional de persoal non facultativo de Institucións Sanitarias da Seguridade Social”.

Malia tan clara temporización, non é ata a Lei 16/2003, do 28 de maio, de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde⁷⁴, cando se realiza a primeira referencia directa ao desenvolvemento profesional do persoal estatutario. Así, a súa exposición de motivos di: *“A lei contén basicamente principios referidos á planificación e formación dos profesionais da sanidade, así como ao desenvolvemento e á carreira profesional e á mobilidade dentro do Sistema Nacional de Saúde”.*

Estes obxectivos plasmábanse no seu capítulo III, sección 2.^a, que regulaba o desenvolvemento profesional, en concreto nos artigos 40 e 41; así, o artigo 40 conceptúao como un *“... aspecto básico na modernización do Sistema Nacional de Saúde”.* En canto aos criterios para o seu despregamento, establecía a obriga de que fosen comúns e que tivesen en consideración tanto a formación continuada como a carreira profesional e a avaliación de competencias.

A delimitación da noción da carreira profesional realizábase no artigo 41, ao establecer que é *“o dereito dos profesionais a progresar, de forma individualizada, como recoñecemento ao seu desenvolvemento profesional en canto a coñecementos, experiencia nas tarefas asistenciais, investigación e cumprimento dos obxectivos da organización na cal prestan os seus servizos”.* Pero novamente optouse por diferir ao estatuto marco, pendente de desenvolvemento desde a Lei 14/1986, a normativa básica aplicable ao persoal do Sistema Nacional de Saúde, co preceptivo complemento por normas das comunidades autónomas.

⁷³ BOE n. 216 do 8 de setembro de 1990, pp. 26407 a 26411.

⁷⁴ BOE n. 128 do 29 de maio de 2003, pp. 20567 a 20588.

No ano 2003, o 21 de novembro, promúlgase a Lei 44/2003⁷⁵, de ordenación das profesións sanitarias, e no seu artigo 1 delimitábase o seu obxecto e ámbito de aplicación á regulación dos aspectos básicos das profesións sanitarias tituladas, a estrutura xeral da formación e o desenvolvemento profesional e a participación dos profesionais na planificación e ordenación das profesións sanitarias. No seu título III (artigos 37 a 39) determinaba o concepto como o sistema de recoñecemento de desenvolvemento profesional “... consistente no recoñecemento público, expreso e de forma individualizada, do desenvolvemento alcanzado por un profesional sanitario en canto a coñecementos, experiencia nas tarefas asistenciais, docentes e de investigación, así como en canto ao cumprimento dos obxectivos asistenciais e investigadores da organización en que prestan os seus servizos”.

O acceso a este sistema determinábase como voluntario, sen limitación ningunha máis alá da necesidade de que os profesionais estivesen establecidos ou prestasen servizos dentro do territorio nacional, derivando a competencia para o desenvolvemento profesional ás administracións sanitarias para os seus propios centros. Si que se fixaban uns superficiais principios xerais para este recoñecemento. Articulábase en catro graos ordinarios, coa posibilidade para as administracións sanitarias de establecer un quinto grao, inicial e previo aos ordinarios. En canto ao sistema para pasar dun a outro, requiría a avaliación favorable dos méritos do profesional para o acceso a cada grao, considerando como méritos os seus coñecementos, competencias, formación continuada, actividade docente e investigación, especialmente aos resultados da actividade asistencial desenvolvida e á súa implicación na xestión clínica. Exixía o exercicio profesional mínimo de cinco anos entre cada avaliación positiva, dous no caso de avaliación negativa, para a obtención de cada grao, e a creación dun comité específico de cada centro ou institución, integrado por profesionais da mesma profesión, representantes da unidade a que pertenza o avaliado e avaliadores externos designados por axencias de calidade ou sociedades científicas dese ámbito, como competentes para desenvolver a avaliación. A avaliación positiva dáballes dereito aos profesionais a facer constar publicamente o grao de desenvolvemento profesional que tivesen recoñecido, así como a percibir un complemento económico. Para proceder á implantación, era necesario adaptar estes criterios xerais ás características organizativas, sanitarias e asistenciais do centro de pertenza.

Polo tanto, neste texto legal, e malia a referencia a posteriores normas de desenvolvemento, realízase por primeira vez unha regulación bastante pormenorizada tanto do concepto de carreira profesional como do seu funcionamento e implantación.

Dada a transferencia de competencias, e con miras a lograr a uniformidade do sistema, o artigo 39 regulaba un sistema de homologación do recoñecemento do desenvolvemento profesional por medio do Consello Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde, de forma que se tiñan que establecer principios e criterios xerais para a homologación do desenvolvemento profesional en todo o Sistema Nacional de Saúde, con recoñecemento mutuo dos graos alcanzados polos profesionais dos distintos servizos de saúde.

⁷⁵ BOE n. 280 do 22 de novembro de 2003, pp. 41442 a 41458.

Na disposición transitoria segunda, referida á implantación do sistema de desenvolvemento profesional, derivábase ás administracións sanitarias a determinación dos prazos e períodos para a aplicación do sistema de desenvolvemento profesional, pero circunscibindo tales prazos a un máximo de catro anos a partir da entrada en vigor da Lei 44/2003 (o 23 de novembro de 2003), momento no cal, polo menos, se deberían iniciar os procedementos para a súa implantación en todas as profesións sanitarias de licenciados sanitarios e diplomados sanitarios.

Segundo a citada Lei 44/2003, esta sería aplicable á totalidade dos profesionais sanitarios titulados, sen delimitación ningunha do vínculo polo cal se prestan servizos; polo tanto, o mandato contido na súa disposición transitoria segunda referido aos prazos de aplicación do sistema de desenvolvemento de carreira era aplicable tanto ao persoal estatutario como ao funcionario ou laboral que desenvolvese labores sanitarios.

4 O réxime vixente: o Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde

Estes desenvolvementos parciais do réxime estatutario, en que se remite de forma reiterada a unha futura regulamentación, culminan na promulgación da Lei 55/2003⁷⁶, pola que se aproba o Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde. A súa exposición de motivos establece como obxectivo a actualización tras a promulgación da Constitución española “... *do réxime xurídico do persoal estatutario que, sen prexuízo de determinadas modificacións normativas puntuais, vén en gran parte regulado por estatutos preconstitucionais. Resulta, pois, necesario actualizar e adaptar o réxime xurídico deste persoal, tanto no que se refire ao modelo do Estado autonómico como no relativo ao concepto e alcance actual da asistencia sanitaria*”. Esta norma ten o carácter de norma básica conforme as previsións do artigo 149.1.18 da Constitución española, pero derivando á normativa autonómica o seu desenvolvemento⁷⁷.

O estatuto establece como o seu ámbito de aplicación o persoal sanitario funcionario e o persoal sanitario laboral que preste servizos nos centros do Sistema Nacional de Saúde xestionados directamente por entidades creadas polas distintas comunidades autónomas para acoller os recursos humanos e materiais procedentes das transferencias do Insalud. E iso considerando que o vínculo entre os servizos de saúde e o persoal ao seu servizo, en palabras de Pérez Gálvez⁷⁸, “... *encerra unha clara condición de dereito público, ao intervir e contribuír á realización dun servizo público*”. Isto deriva en maiores similitudes co réxime funcional que co réxime laboral, aínda que con peculiaridades que fan necesaria esa terceira clasificación como persoal estatutario, ese *tertium genus* que utilizou a doutrina tradicionalmente para denominar

⁷⁶ BOE n. 301 do 17 de decembro de 2003, pp. 44742 a 44763.

⁷⁷ GONZÁLEZ SALINAS, P. e LIZÁRRAGA BONELLI, E. (coords.), *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, 2.ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 45 a 57.

⁷⁸ PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 35.

este réxime legal. E iso seguindo en parte a doutrina xurisprudencial contida, entre outras, nas sentenzas do Tribunal Supremo do 14 de outubro de 1996⁷⁹ e 7 de febreiro de 1997⁸⁰, e sobre todo na Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo do 23 de febreiro de 2000⁸¹, que sinalara que “... a natureza xurídica do persoal estatutario (...) é funcional, sen que lles sexa de aplicación nin sequera con carácter subsidiario as normas contidas no Estatuto dos *traballadores*.”

A análise da natureza da relación entre o persoal estatutario e a Administración sanitaria fora obxecto dun profundo estudo pola Sala Especial de Conflitos do Tribunal Supremo no Auto do 20 de xuño de 2005⁸², no cal para determinar o foro xudicial deste persoal establece que “... como sinala expresamente a exposición de motivos, a lei parte da necesidade de manter unha regulación especial para o persoal dos servizos sanitarios, co fin de adaptarse ás características específicas do exercicio das profesións sanitarias e do servizo sanitario asistencial, así como as peculiaridades organizativas do Sistema Nacional de Saúde, pero seguindo a liña antes indicada establece con nitidez o carácter funcional da relación estatutaria”. E iso, de conformidade co artigo 1 da lei, que sinala: “... esta lei ten por obxecto establecer as bases reguladoras da relación funcional especial do persoal estatutario dos servizos de saúde que conforman o Sistema Nacional de Saúde, a través do estatuto marco do devandito persoal...”.

Pero non hai que esquecer que o artigo 2, apartado 3 do EBEP, en canto á súa aplicabilidade ao persoal estatutario, establece:

“3. O persoal docente e o persoal estatutario dos servizos de saúde rexeranse pola lexislación específica ditada polo Estado e polas comunidades autónomas no ámbito das súas respectivas competencias e polo previsto neste estatuto, agás o capítulo II do título III, salvo o artigo 20, e os artigos 22.3, 24 e 84”.

Dentro do sistema retributivo regulado polo estatuto marco contense, no apartado relativo a retribucións complementarias (artigo 43.2.e), o complemento de carreira, destinado a retribuír o grao alcanzado na carreira profesional, pero establecendo expresamente a súa aplicación cando tal sistema de desenvolvemento profesional se implante na correspondente categoría.

Tal como xa se sinalou, a complicada redacción do artigo 2.3 do EBEP parece determinar a aplicabilidade a este persoal da regulación contida no artigo 20 do EBEP, avaliación do desempeño; 22.3, retribucións complementarias referidas ás características dos postos de traballo, a carreira profesional ou o desempeño, rendemento ou resultados; 24, retribucións complementarias, e 84, mobilidade voluntaria entre administracións públicas. Iso determinaría que a normativa contida no Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde deberá sempre respectar as previsións que respecto a estes apartados contén o Estatuto básico do empregado público, polo que non existe unha liberdade absoluta para a determinación do marco legal destas materias na súa aplicación ao persoal estatutario.

⁷⁹ RX 1996, 7624.

⁸⁰ RX 1997, 1161.

⁸¹ RX 2000, 2235.

⁸² RX 2005, 4466.

É no artigo 17 da Lei 55/2003 onde se recollen os dereitos individuais do persoal estatutario, incluíndo dentro destes, no apartado j), o dereito a “*ser informado das funcións, tarefas, labores, programación funcional e obxectivos asignados á súa unidade, centro ou institución, e dos sistemas establecidos para a avaliación do seu cumprimento*”. Tal redacción personaliza os obxectivos que o artigo 13 establece para os plans de recursos humanos, como instrumentos de planificación básicos que deben especificar os obxectivos a conseguir.

Evidentemente, a configuración dos dereitos individuais acompáñase da equivalente enumeración dos deberes no artigo 19, incluíndo o seu apartado e): “*Participar e colaborar eficazmente, no nivel que corresponda en función da súa categoría profesional, na fixación e consecución dos obxectivos cuantitativos e cualitativos asignados á institución, centro ou unidade en que preste servizos*”.

O exercicio deste dereito, así como o cumprimento do correlativo deber, dan lugar á progresión na carreira profesional, cuxos criterios xerais se establecen no artigo 40 da Lei 55/2003, sinalando o obrigado cumprimento “... *das normas aplicables ao persoal do resto dos seus servizos públicos*”, polo tanto, en respecto ás previsións do artigo 20 do EBEP, aplicable a este colectivo. En canto aos criterios concretos, só sinala que “*A carreira profesional suporá o dereito dos profesionais a progresar, de forma individualizada, como recoñecemento ao seu desenvolvemento profesional en canto a coñecementos, experiencia e cumprimento dos obxectivos da organización á cal prestan os seus servizos*”, aínda que derivando a fixación dos mecanismos concretos ás comunidades autónomas. Polo tanto, en canto aos criterios xerais do sistema de desenvolvemento profesional, realízase unha remisión á regulación contida na Lei de ordenación das profesións sanitarias, Lei 44/2003, isto é, ao seu título III, “Do desenvolvemento profesional e do seu recoñecemento”, posto que este texto o definía como “... *o recoñecemento público, expreso e de forma individualizada, do desenvolvemento alcanzado por un profesional sanitario en canto a coñecementos, experiencia nas tarefas asistenciais, docentes e de investigación, así como en canto ao cumprimento dos obxectivos asistenciais e investigadores da organización en que prestan os seus servizos*”.

Tal como sinala Lozano Mostazo⁸³, a carreira profesional ten como obxectivo incrementar a motivación dos profesionais do Sistema Nacional de Saúde, conseguindo un maior compromiso coa xestión do servizo público sanitario mediante o establecemento de sistemas de incentivos, tanto de recoñecemento profesional como económicos. No mesmo sentido, Parejo Alfonso⁸⁴ entende que o foco de atención deben ser os resultados da Administración e do empregado público como sede e ámbito en que se manifestan os dereitos dos cidadáns.

Malia tales obxectivos, e tras os anos de espera para a existencia dun estatuto marco, toda a regulación referida á carreira profesional contense nun único artigo, que

⁸³ LOZANO MOSTAZO, M.A., “Capítulo VIII, Carrera Profesional”, Palomar Olmeda, A. e Sempere Navarro, A.V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, L., “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, pp. 539 a 548.

carece de ánimo exhaustivo, límitase a establecer xeneralidades e remite a regulación ás administracións territoriais.

Si que se determina expresamente que os criterios para a consecución do desenvolvemento profesional, e a súa plasmación na carreira profesional, deberán seguir o sistema xeral establecido nas normas aplicables ao persoal do resto dos servizos públicos e a necesaria negociación no seo das mesas xerais de negociación, así como que o obxectivo da carreira profesional é “... *que se posibilite o dereito á promoción deste persoal conxuntamente coa mellor xestión das institucións sanitarias*”, previsión que, por outra parte, só cumpre coa obrigatoria submisión á regulación contida no EBEP.

Tamén se realiza unha definición do que se entende por carreira profesional no artigo 40.2: “... *o dereito dos profesionais a progresar, de forma individualizada, como recoñecemento ao seu desenvolvemento profesional en canto a coñecementos, experiencia e cumprimento dos obxectivos da organización á cal prestan os seus servizos*”.

Establecía a Lei 44/2003 que o recoñecemento se articulase en catro graos; que a obtención do primeiro grao, e o acceso aos superiores, requirirá a avaliación favorable dos méritos do interesado; que para obter cada grao fose necesario acreditar cinco anos de exercicio profesional; que a avaliación a levase a cabo un comité específico creado en cada centro ou institución; que os profesionais tivesen dereito a facer constar publicamente o grao de desenvolvemento profesional que se lles recoñece e que os criterios xerais do sistema de desenvolvemento profesional se acomodasen a cada sistema de saúde.

Todo iso tendo en conta que a disposición transitoria segunda da Lei 44/2003, “Implantación do sistema de desenvolvemento profesional”, derivaba ás administracións sanitarias a determinación dos prazos e períodos para a aplicación do sistema de desenvolvemento profesional, pero circunscibindo tales prazos a un máximo de catro anos a partir da súa entrada en vigor (o 23 de novembro de 2003), momento no cal se deberán ter iniciado os procedementos para a súa implantación nas profesións sanitarias de licenciados sanitarios e diplomados sanitarios.

Esta regulación contida na Lei 44/2003, e á que deriva a Lei 55/2003, complétese coas previsións que esta última contempla por si mesma. Así, o concepto que se lle dá ao termo carreira profesional no apartado 2 do artigo 40 da Lei 55/2003: “*A carreira profesional suporá o dereito dos profesionais a progresar, de forma individualizada, como recoñecemento ao seu desenvolvemento profesional en canto a coñecementos, experiencia e cumprimento dos obxectivos da organización á cal prestan os seus servizos*”. Anticípase polo tanto nesta regulación a individualización da valoración e do logro, tal como posteriormente se establecerá no EBEP. O mesmo acontece en canto ao recoñecemento e homologación dos sistemas de carreira dos diversos servizos de saúde.

O efecto económico desta avaliación establécese no artigo 41, ao sinalar en canto ás retribucións complementarias: “*A contía das retribucións adecuarase ao que dispoñan as correspondentes leis de orzamentos. Elemento fundamental neste apartado é, en calquera caso, a avaliación do desempeño do persoal estatutario que os servizos de saúde deberán establecer a través de procedementos fundados nos principios de igualdade, obxectividade e transparencia. A avaliación periódica deberá terse en conta para os*

efectos de determinación dunha parte destas retribucións complementarias, vinculadas precisamente á produtividade, ao rendemento e, en definitiva, ao contido e alcance da actividade que efectivamente se realiza”.

Malia remitirse á normativa autonómica a concreción do sistema retributivo, no Estatuto marco contéñense previsións básicas de obrigado cumprimento. Así, no apartado relativo a retribucións complementarias (artigo 43) determínase que as retribucións complementarias son fixas ou variables, e van dirixidas a retribuír a función desempeñada, a categoría, a dedicación, a actividade, a produtividade e cumprimento de obxectivos e a avaliación do rendemento e dos resultados.

En canto á configuración das retribucións complementarias, ordénanse arredor dos conceptos de complemento de destino; complemento específico; complemento de produtividade; complemento de atención continuada e complemento de carreira.

Os complementos de destino, específico e de atención continuada seguen a configuración máis clásica das retribucións do persoal sanitario, xa presente no Real decreto lei 3/1987, retribuíndo, respectivamente, o nivel do posto que se desempeña, as condicións particulares do posto en atención á súa especial dificultade técnica, dedicación, responsabilidade, incompatibilidade, perigosidade ou penosidade; e a prestación de servizos en réxime continuado.

O complemento de produtividade, pola súa banda, configúrase como aquel destinado a retribuír o especial rendemento, o interese ou a iniciativa do titular do posto, así como a súa participación en programas ou actuacións concretas e a contribución do persoal á consecución dos obxectivos programados, logo da avaliación dos resultados conseguidos. Contén, polo tanto, os elementos de individualización que o EBEP posteriormente considerou para o resto do persoal ao servizo das administracións públicas.

O mesmo acontece co complemento de carreira, que se constitúe nesta norma como antecedente da posterior regulación xeral, dado que se establece que está destinado a retribuír o grao alcanzado na carreira profesional cando tal sistema de desenvolvemento profesional se implante. Novamente remítese a súa entrada en vigor ao seu posterior desenvolvemento.

5 A carreira profesional das profesións sanitarias na Comunidade Autónoma de Galicia

No ámbito de Galicia, a Lei 7/2003⁸⁵, de ordenación sanitaria de Galicia, vixente desde o 19 de febreiro de 2004, e polo tanto posterior á Lei 55/2003, pero case coetánea, xa se refire á carreira profesional como “... *un dereito dos profesionais a progresar de forma individualizada, co recoñecemento do seu desenvolvemento profesional en canto a coñecemento, experiencia e cumprimento dos obxectivos da organización en que prestan os seus servizos*”.

Para iso require obrigatoriamente un desenvolvemento regulamentario do sistema de recoñecemento do desenvolvemento profesional, a realizar no ámbito da

⁸⁵ DOG n. 246 do 19 de decembro de 2003, pp. 15649 a 15680; BOE n. 12 do 14 de xaneiro de 2004, pp. 1344 a 1375.

Comunidade Autónoma, pero respectando en todo caso as previsións comúns que deberá ditar a Comisión de Recursos Humanos do Sistema Nacional de Saúde, órgano encargado polo artigo 10 da Lei 55/2003 de desenvolver “... *as actividades de planificación, deseño de programas de formación e modernización dos recursos humanos do Sistema Nacional de Saúde*”. As funcións, composición e estrutura de tal comisión configúranse mediante o Real decreto 182/2004, do 30 de xaneiro, polo que se determina a composición da Comisión de Recursos Humanos do Sistema Nacional de Saúde⁸⁶.

Establece a norma autonómica diversas referencias á carreira profesional. Así, o artigo 59, con esta denominación, di:

“1. Estableceranse sistemas de carreira e promoción profesional que permitan o recoñecemento e desenvolvemento profesional do persoal en atención aos seus coñecementos, experiencia, responsabilidade e mellor adecuación das súas competencias e calidades persoais aos obxectivos do Servizo Galego de Saúde, ponderando tanto as necesidades asistenciais concorrentes como as características organizativas do organismo.

2. Enténdese por carreira profesional o dereito a progresar, de forma individualizada, a niveis superiores, previamente definidos dentro de cada clase ou categoría funcional, como recoñecemento ao desenvolvemento profesional en coñecementos, experiencia, responsabilidade e mellor adecuación da actitude, capacidade e calidades persoais aos obxectivos do Servizo Galego de Saúde”. E no artigo 61, referido ao sistema retributivo, dispón que “O Servizo Galego de Saúde poderá establecer, logo de informe favorable emitido conxuntamente polas consellerías de Economía e Facenda e de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, un modelo retributivo orientado á calidade do servizo, á incentivación da actividade, á motivación dos profesionais, á consideración singular de actuacións concretas no ámbito sanitario e á consecución dos obxectivos planificados, negociándoo previamente na mesa sectorial”.

Estas previsións deron lugar a un desenvolvemento regulamentario por categorías profesionais consistente no Decreto 155/2005 sobre réxime extraordinario de recoñecemento e desenvolvemento profesional do persoal das categorías de licenciados sanitarios do Servizo Galego de Saúde previo á implantación do réxime de desenvolvemento profesional a que se refire a Lei 44/2003, do 21 de novembro, de ordenación das profesións sanitarias⁸⁷; a Resolución conxunta do 28 de xullo de 2006, da Secretaría Xeral do Servizo Galego de Saúde e da Dirección Xeral da División de Recursos Humanos e Desenvolvemento Profesional, pola que se ordena a publicación do acordo suscrito pola Administración sanitaria e as organizacións sindicais UGT, CC. OO., CSI-CSIF e CEMSATSE, polo que se regula o acceso extraordinario á carreira profesional do persoal diplomado sanitario con vínculo estatutario fixo nas institucións sanitarias do Sergas e as bases de negociación do réxime definitivo de carreira profesional⁸⁸ e a Resolución conxunta do 25 de outubro de 2007, da Secretaría Xeral do Servizo Galego de Saúde e da Dirección Xeral da División de Recursos Humanos e Desenvolvemento Profesional do Servizo Galego de Saúde, pola que se ordena a

⁸⁶ BOE n. 37 do 12 de febreiro de 2004, pp. 6384 a 6386.

⁸⁷ DOG n. 112 do 13 de xuño de 2005, pp. 10212 a 10218.

⁸⁸ DOG n. 155 do 11 de agosto de 2006, pp. 12773 a 12780.

publicación do acordo suscrito pola Administración sanitaria e as organizacións sindicais CIG, CC. OO., UGT e SAE, polo que se regula o acceso extraordinario á carreira profesional do persoal das categorías de xestión e servizos e sanitarias de formación profesional con vínculo estatutario fixo nas institucións sanitarias do Servizo Galego de Saúde⁸⁹.

Na categoría de Licenciados Sanitarios, o desenvolvemento realizouse mediante o Decreto 155/2005, a norma máis temperá de entre todas as ditadas en desenvolvemento da carreira profesional, máis de dous anos anterior á correspondente á carreira profesional do persoal das categorías de xestión e servizos e sanitarias de formación profesional, e a única con rango de decreto. Mediante este instrumento normativo régulase un procedemento excepcional ao que poderá acceder en exclusiva o persoal fixo das categorías sanitarias de titulados superiores do Sergas. Contense, así mesmo, un sistema de pregrao para o persoal do sistema de cota e zona, desde o cal poderían acceder ao sistema ordinario de carreira profesional configurado para o persoal estatutario fixo e iso en aplicación do complemento retributivo de carreira profesional previsto no artigo 43.2.e) da Lei 55/2003⁹⁰.

Como o propio título da disposición establece, constitúese este sistema de recoñecemento baixo o principio de excepcionalidade, entendendo que é aplicable por unha única vez aos profesionais comprendidos no seu ámbito de aplicación, sendo irreversible e consolidable o grao que se recoñeza. A existencia dun réxime extraordinario trae a súa causa, polo menos parcialmente, do que xa daquela se albiscaba como un flagrante incumprimento do prazo máximo de catro anos establecidos na disposición transitoria segunda da Lei 44/2003, referida á implantación do sistema de desenvolvemento profesional. Neste texto, aínda que se deriva ás administracións sanitarias a determinación dos prazos e períodos para a aplicación do sistema de desenvolvemento profesional, circunscríbese a un máximo de catro anos a partir da entrada en vigor da Lei 44/2003, isto é, o 23 de novembro de 2007. En tal momento, polo menos, deberíanse ter iniciado os procedementos para a súa implantación en todas as profesións sanitarias previstas nos artigos 6 e 7: licenciados sanitarios e diplomados sanitarios.

O Decreto 155/2005 estrutura a carreira profesional en catro graos asignables en función do tempo acreditado de servizos prestados, sendo necesario ter completados os servizos establecidos para cada un deles como persoal estatutario na mesma categoría ou especialidade en institucións do Sistema Nacional de Saúde conforme a escala establecida no artigo 4 do decreto. Malia o título da norma non establecelo expresamente, esta é o froito da negociación sindical, xa que segundo a súa exposición de motivos “... foi obxecto de negociación na mesa sectorial do persoal das institucións sanitarias do Servizo Galego de Saúde e acordo coas organizacións sindicais CIG, CEMSATSE, CC. OO., CSI-CSIF e UGT, representadas nesta”.

⁸⁹ DOG n. 208 do 26 de outubro de 2007, pp. 17280 a 17285.

⁹⁰ Artigo 43.2.e): *As retribucións complementarias poderán ser: e) Complemento de carreira, destinado a retribuír o grao alcanzado na carreira profesional cando tal sistema de desenvolvemento profesional se implantase na correspondente categoría.*

A temporización da implantación do sistema comeza no propio xullo de 2005 co grao I, cunha progresión anual dos seguintes graos, ata chegar ao grao IV en xullo de 2008.

Remítese a orde da Consellería de Sanidade o desenvolvemento das normas de procedemento e condicións de valoración, desenvolvemento que se efectuou mediante diversas resolucións da División de Recursos Humanos e Desenvolvemento Profesional ditadas entre o 30 de maio de 2006 e o 8 de maio de 2009.

As outras dúas normas que desenvolven a carreira profesional para as profesións diplomadas sanitarias e para o persoal de categorías de xestión e servizos e sanitarias de formación profesional teñen unha forma xurídica diferente; así, publicáronse directamente como resolucións que dan publicidade a acordos coas organizacións sindicais, e as súas datas son posteriores ao desenvolvemento efectuado para o persoal sanitario licenciado, pero ningunha das dúas resolucións require de desenvolvemento normativo posterior. O seu contido é de directa aplicación, en cumprimento da previsión do artigo 38 do EBEP, aplicable ao persoal estatutario en virtude do ámbito delimitado no artigo 2.3. E iso porque o apartado segundo do citado artigo 38 establece:

“2. Os pactos celebraranse sobre materias que se correspondan estritamente co ámbito competencial do órgano administrativo que o subscriba e aplicaranse directamente ao persoal do ámbito correspondente.

Os acordos versarán sobre materias competencia dos órganos de goberno das administracións públicas. Para a súa validez e eficacia será necesaria a súa aprobación expresa e formal por estes órganos. Cando tales acordos sexan ratificados e afecten a temas que poden ser decididos de forma definitiva polos órganos de goberno, o contido destes será directamente aplicable ao persoal incluído no seu ámbito de aplicación, sen prexuízo de que para os efectos formais se requira a modificación ou derogación, se é o caso, da normativa regulamentaria correspondente”.

Mediante Resolución conxunta do 28 de xullo de 2006 da Secretaría Xeral do Sergas e da Dirección Xeral da División de Recursos Humanos e Desenvolvemento Profesional, ordénase a publicación do acordo suscrito pola Administración sanitaria e as organizacións sindicais UGT, CC.OO., CSI-CSIF e CEMSATSE, polo que se regula o acceso extraordinario á carreira profesional do persoal diplomado sanitario con vínculo estatutario fixo nas institucións sanitarias do Sergas e as bases de negociación do réxime definitivo de carreira profesional. Polo tanto, aínda que este acordo se refire aos diplomados sanitarios, tamén recolle as bases de negociacións do réxime definitivo de carreira profesional en aplicación das cales se negociou o réxime ordinario de carreira profesional para os profesionais estatutarios, constituíndo certas bases un marco común para o persoal sanitario de formación universitaria, máxime dado que o Decreto 155/2005 non completaba todo o desenvolvemento necesario para a súa implantación.

En tal resolución, artigo 10, establécese o procedemento de desenvolvemento do sistema, determinando as datas de efectos dos diversos graos tanto para o persoal estatutario fixo con praza en propiedade nos equipos das institucións sanitarias do Sergas obtido con anterioridade á finalización dos procesos executados ao abeiro da



Lei 16/2001⁹¹ como para o persoal estatutario das categorías de diplomados sanitarios que obtivese a condición de fixo e praza en propiedade con ocasión da finalización dos procesos executados ao abeiro da Lei 16/2001. Para este último colectivo, determínase como data de efectos do grao IV xullo de 2010.

Posteriormente, a Resolución conxunta do 25 de outubro de 2007 da Secretaría Xeral do Sergas e da Dirección Xeral da División de Recursos Humanos e Desenvolvemento Profesional do Sergas ordena a publicación do acordo subscrito pola Administración sanitaria e as organizacións sindicais CIG, CC.OO, UGT e SAE polo que se regula o acceso extraordinario á carreira profesional do persoal das categorías de xestión e servizos e sanitarias de formación profesional con vínculo estatutario fixo nas institucións sanitarias do Sergas. Nesta resolución, artigo 11, establécense o procedemento e os prazos de desenvolvemento do sistema, determinando como data de efectos do grao IV o 1 de xullo de 2010.

Polo tanto, do teor literal das resolucións, así como do regulado no artigo 38 do EBEP, parecía derivar a posibilidade de exixir a aplicación directa dos efectos establecidos nestas, ben que no apartado 10 do propio artigo 38 se regula unha excepción á exhibibilidade do pactado “... *cando excepcionalmente e por causa grave de interese público derivada dunha alteración substancial das circunstancias económicas, os órganos de goberno das administracións públicas suspendan ou modifiquen o cumprimento de pactos e acordos xa asinados, na medida estritamente necesaria para salvagardar o interese público*”.

En uso de tal excepción, a Administración procedeu, conforme o artigo 13.4 da Lei 9/2009⁹² de orzamentos xerais de Galicia, a suspender a aplicación de pactos ou acordos que supoñan incrementos retributivos, procedéndose polo tanto a suspender os efectos derivados do recoñecemento do grao de carreira. A citada suspensión efectuouse da totalidade dos efectos da norma, ao entenderse que limitar a suspensión aos aspectos retributivos podería entrar en contradición non só co artigo 13.4 da Lei 9/2009, senón tamén coa normativa básica, posto que o artigo 43.2 do estatuto marco determina que o complemento de carreira está destinado a retribuír o grao alcanzado na carreira profesional cando tal sistema se implante na correspondente categoría, e non resulta conforme manter que a suspensión se refire unicamente ao aspecto retributivo do acordo.

Malia iso, tales acordos non foron derogados, senón unicamente suspendidos pola situación orzamentaria derivada da crise económica, polo que a modificación da situación económica podería entenderse que fai decaer a causa alegada en tal Lei de orzamentos xerais para proceder á suspensión de efectos da regulación relativa

⁹¹ Lei 16/2001, do 21 de novembro, pola que se establece un proceso extraordinario de consolidación e provisión de prazas de persoal estatutario nas institucións sanitarias da Seguridade Social dos Servizos de Saúde do Sistema Nacional de Saúde. BOE n. 280 do 22 de novembro de 2001, pp. 42710 a 42720.

⁹² Lei 9/2009, do 23 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2010. DOG n. 253 do 30 de decembro de 2009, pp. 19706 a 19808; BOE n. 47 do 23 de febreiro de 2010, pp. 17344 a 17480. Artigo 13.4: “Os acordos, convenios ou pactos que impliquen crecementos retributivos superiores deberán axustarse ao establecido neste artigo, resultando inaplicables no caso contrario. Durante o ano 2010, debido ás actuais circunstancias económicas excepcionais e de acordo co previsto no apartado dez do artigo 38 da Lei 7/2007, do 12 de abril, pola que se aproba o Estatuto básico do emprego público, suspéndese a aplicación dos pactos ou acordos que supoñan incrementos retributivos”.

á carreira profesional. E iso porque xa non nos atopamos, polo menos formalmente non o estabamos antes da irrupción da COVID-19, na situación económica excepcional que xustificou tal norma.

Polo tanto, o réxime de carácter extraordinario de acceso á carreira profesional establecido no acordo de 2007, co seu contido en canto á excepción aos períodos mínimos de tempo para acceder aos sucesivos graos, establecidos no artigo 38 da Lei de ordenación, xa non ten causa de permanecer en suspensión. Así deriva da Lei 9/2009, en concreto da súa exposición de motivos, que determina que a causa da suspensión é a limitación do incremento retributivo. Dado que as posteriores leis de orzamentos xerais non conteñen tal limitación, decae a causa de suspensión alegada pola Xunta, malia o cal non se procedeu á súa reactivación. Desta forma, e transcorridos máis de 10 anos desde a publicación das normas que estableceron un sistema extraordinario de carreira profesional, este segue en suspenso.

Con este panorama en canto ao sistema excepcional, cómpre examinar o desenvolvemento do sistema ordinario de carreira profesional. Este, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, non se efectúa ata a Lei de saúde de Galicia, Lei 8/2008⁹³. Polo tanto, con carácter previo á suspensión do réxime de carreira extraordinaria, iníciase o desenvolvemento do sistema ordinario. Así, o artigo 118 da Lei de saúde de Galicia, referido ao persoal dos servizos de saúde, di: *“Estableceranse mecanismos de carreira profesional articulados nun sistema de graos para o persoal estatutario e, de acordo coa súa normativa básica, para o resto do persoal do Sistema Público de Saúde de Galicia, de forma que se posibilite a promoción do persoal e o cumprimento dos obxectivos da organización”*.

En estrito cumprimento das previsións básicas da normativa estatal, determina que os sistemas de carreira se basearán no recoñecemento do desenvolvemento profesional en canto ao cumprimento dos obxectivos da organización, coñecementos e experiencia profesional na Administración sanitaria, en aplicación da normativa de ordenación das profesións sanitarias, pero con adaptación ás características do Sistema Público de Saúde de Galicia.

Dada a estrutura xeográfica e poboacional de Galicia, considérase como criterio de recoñecemento *“... a prestación de servizos en centros comarcais con dificultades para a provisión de prazas de especialistas, así como a determinadas actividades formativas, docentes e de investigación”*. É este criterio a única achega novidosa da norma en canto á forma de valoración dos méritos, e supón unha firme aposta para paliar a dificultade de cobertura dos postos en centros máis remotos mediante unha valoración ponderada dos anos de servizo.

En canto á retribución, o artigo 118 da Lei 8/2008 establece no seu primeiro apartado que a carreira profesional se articulará nun sistema de graos para o persoal estatutario e, de acordo coa súa normativa básica, para o resto do persoal do Sistema Público de Saúde de Galicia, de forma que se posibilite a promoción do persoal e o cumprimento dos obxectivos da organización. Reitérase polo tanto o contido da Lei 44/2003, determinando a necesidade de establecer sistemas de carreira e promoción profesional para os profesionais sanitarios, sen exclusión conforme o tipo de vínculo xurídico co

⁹³ BOE n. 202 do 21 de agosto de 2008, pp. 35080 a 35115; DOG n. 143 do 24 de xullo de 2008, pp. 14214 a 14258.

Sergas. Isto supón unha diferenza substancial co sistema de acceso extraordinario establecido no Decreto 155/2005, limitado en exclusiva ao persoal estatutario fixo e cun réxime excepcional para o persoal de cota e zona.

Con esta modificación en canto ao ámbito subxectivo de aplicación da carreira profesional, estase a acatar o mandato do Acordo marco celebrado entre a CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada, que deu lugar á Directiva 1999/70/CE do Consello⁹⁴. En concreto, ao contido da súa cláusula 4.^a, principio de non discriminación, que proscribe o trato diferenciado dos traballadores cun contrato de duración determinada polo mero feito de estar sometido o seu vínculo a termo.

6 Situación actual

Tras o desenvolvemento do réxime extraordinario nos anos 2005, 2006 e 2007, e o posterior réxime ordinario no ano 2008, todo o sistema de carreira profesional se paralizou durante 10 anos baseándose nas dificultades orzamentarias. Non é ata a Orde do 20 de xullo de 2018 pola que se publica o Acordo sobre as bases da carreira profesional no ámbito do Servizo Galego de Saúde e entidades adscritas a esta consellería e ao dito organismo⁹⁵ cando a carreira profesional do persoal estatutario galego se retoma.

Esa orde constitúe a translación normativa, por aprobación do Consello da Xunta de Galicia, do Acordo adoptado o 6 de xullo de 2018 na mesa sectorial de negociación do persoal estatutario polos representantes da Administración sanitaria e as organizacións sindicais CIG, CESM (en condición de adherida), UGT, CSIF e SATSE.

Tal como expresamente sinala a exposición de motivos, ten como base normativa o artigo 38⁹⁶ do EBEP, o artigo 154 da Lei 2/2015⁹⁷ do emprego público de Galicia, e os artigos 79 e 80⁹⁸ da Lei 55/2003 do Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde. Polo tanto, con esta orde dáse cumprimento ao mandato do apartado h, punto 2 do artigo 80: “2. *Deberán ser obxecto de negociación, nos termos previstos no capítulo III da Lei 9/1987, do 12 de xuño, as seguintes materias: h) Os sistemas de carreira profesional*”⁹⁹.

O texto mantén expresamente que se constitúe como desenvolvemento obrigado das previsións contidas na Lei 44/2003 de ordenación das profesións sanitarias, así como na Lei 55/2003 do Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde. Recoñece polo tanto que é un desenvolvemento moi tardío do que a norma prevía que se debería ter efectuado no ano 2007 (4 anos desde a súa entrada en vigor). Como “es-cusa-explicación” a tal falta de dilixencia, establécense tanto a situación económica

⁹⁴ DOCE n. 175 do 10 de xullo de 1999, pp. 43 a 48.

⁹⁵ DOG n. 144 do 30 de xullo 2018, pp. 35244 a 35254.

⁹⁶ Artigo 38 EBEP: Pactos e acordos.

⁹⁷ DOG n. 82 do 04 de maio de 2015, pp. 17003 a 17193; BOE n. 123 do 23 de maio de 2015, pp. 43530 a 43656. Artigo 154. Pactos e acordos.

⁹⁸ Artigo 79. Mesas sectoriais de negociación; Artigo 80. Pactos e acordos.

⁹⁹ LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41. 2005, pp. 141 a 144.

como as dispoñibilidades orzamentarias e, como propósito de emenda, acórdase “... pactar certas medidas excepcionais de progreso na carreira profesional para o colectivo de persoal fixo, principalmente aquel que foi afectado dun xeito máis relevante, nos últimos anos, nas súas expectativas de desenvolvemento profesional”.

Xorde polo tanto a dúbida de se este sistema, autoproclamado excepcional, de carreira profesional cumpre co mandato contido tanto na Lei 44/2003 como na Lei 55/2003 de desenvolvemento dun sistema de carreira profesional ordinario, ademais do xuízo de valor que supón establecer que o persoal fixo foi afectado dun modo máis relevante nas súas expectativas de desenvolvemento profesional. Tal manifestación de parte resulta aínda máis sorprendente polo feito de que, con carácter previo á publicación dese sistema (xullo de 2008), xa foran ditados múltiples autos polo Tribunal Supremo polos que se declaraba de interese casacional a cuestión: «... se a carreira profesional horizontal ha de ser considerada condicións de traballo para os efectos de valorar as diferenzas de réxime xurídico aplicables aos funcionarios interinos e ao persoal laboral non fixo e, se é o caso, determinar se existe ou non discriminación naqueles supostos en que o dito persoal quede excluído da posibilidade de realizar esa carreira horizontal»¹⁰⁰. Existía polo tanto xa unha dúbida certa sobre a legalidade dun sistema de carreira profesional que excluíse o persoal con vínculos temporais.

De feito, con posterioridade á publicación da norma galega, o Tribunal Supremo declarou en diversas sentenzas¹⁰¹: «1.º) que a carreira profesional (...) está incluída no concepto “condicións de traballo” da cláusula 4 do Acordo marco incorporado á citada Directiva 1999/70 referida ao principio de non discriminación, e para os efectos de valorar as diferenzas de réxime xurídico aplicable ao persoal estatutario interino, ao que vén referida a actuación impugnada. 2.º) que existe discriminación do persoal estatutario interino por condicionarse a súa participación na carreira profesional deseñada nese acordo da Mesa Sectorial á circunstancia de ter superado un proceso de ingreso e, polo tanto, á adquisición previa da condición de persoal estatutario fixo, iso por non se admitir que ese condicionamento integre unha causa obxectiva que xustifique a diferenza de trato».

Este criterio consolidouse en sentenzas posteriores do mesmo tribunal, e mesmo deu lugar a procesos contra a inactividade regulamentaria en que incorre o Goberno consistente na ausencia de previsión regulamentaria e incumprimento da obriga de desenvolvemento normativo do réxime de carreira expresamente establecido en norma con rango legal¹⁰²).

¹⁰⁰ Auto 160/2018, do 15 de xaneiro de 2018; Auto 161/2019, do 15 de xaneiro de 2018; Auto 338/18, do 19 de xaneiro de 2018; Auto 606/2018, do 31 de xaneiro de 2018; Auto 3783/18, do 9 de abril de 2018.

¹⁰¹ Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 18 de decembro de 2018 (rec. casación 3723/2017); Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do 21 de febreiro de 2019 (rec. casación 1805/2017).

¹⁰² Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 5 de abril de 2018 (rec. casación 4267/2016): falta de desenvolvemento da disposición derradeira décima e concordantes da Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación, con ausencia de desenvolvemento e execución do sistema de carreira establecido para un colectivo de traballadores públicos do Centro Superior de Investigacións Científicas. A resolución estimatoria non só condena o Estado a efectuar tal desenvolvemento regulamentario, senón que ademais obriga a que se realice nun prazo máximo de seis meses desde a firmeza da sentenza, e iso baseándose en entender que “... estamos ante un claro suposto de inactividade formal normativa, pois a Administración incumpre un claro e incondicionado deber legal de ditar normas ou disposicións de carácter xeral –inactividade regulamentaria–, é dicir, a Administración incumpriu un deber xurídico que vén representado por unha actuación da Administración –por omisión– á marxe das previsións legais e contribuíndo a que estas queden sen efecto... Como vimos, a Administración non executou a previsión de desenvolvemento regulamentario para a efectividade da carreira profesional

En canto ao concepto e obxectivos da carreira profesional galega, limitábase a norma a plasmar a regulación contida na Lei 44/2003 e na Lei 55/2003, sen achegas propias de relevancia. O mesmo se pode dicir das características da carreira.

As desafortunadas achegas galegas non comezan no apartado 5, *Requisitos para acceder ao sistema de carreira profesional e progresar neste*, senón que se reservan para o apartado 6, *Estrutura de graos*. Así, en tal apartado, como oculto requisito de acceso ao grao inicial, establécese a fixeza no vínculo, coa excepción da inclusión do persoal estatutario interino en praza vacante ou fixo doutra categoría que estea a desempeñar unha praza vacante por promoción interna temporal. Exclúese polo tanto do acceso a tal grao inicial o persoal eventual, con independencia dos servizos que teña acreditados. Dado que o acceso aos seguintes graos pasa pola permanencia no grao inicial de certo período, xunto coa avaliación positiva, o tipo de vínculo pasa a constituírse nun verdadeiro requisito de acceso. Resulta, polo tanto, patente a contradición cos orzamentos da cláusula 4 do Acordo marco celebrado entre a CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada, que deu lugar á Directiva 1999/70/CE do Consello, cláusula cuxa aplicabilidade aos empregados públicos non pode ser posta en dúbida desde as xa afastadas sentenzas dos asuntos C-212/04¹⁰³, C-307/05¹⁰⁴, C-444/09¹⁰⁵ e 456/09 acumulados, C-16/15, C-184/15 e C-197/15¹⁰⁶ acumulados e C-596/14¹⁰⁷.

Máxime cando en tales sentenzas a Sala Décima do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, en procedementos prexudiciais iniciados a instancias de xulgados e tribunais españois e cuxo obxecto común é a interpretación do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, afirmara que a igualdade de trato dos empregados temporais se atopa garantida polo acordo marco, configurándose como un principio do dereito social da Unión que non pode ser obxecto de interpretación restritiva, establecendo expresamente nos considerandos 26 e 27 da sentenza ditada no asunto C-596/14:

“26. O Acordo marco, e en particular a súa cláusula 4, ten por obxecto a aplicación do dito principio aos traballadores con contrato de duración determinada coa finalidade de impedir que unha relación laboral desta natureza sexa utilizada por un empregador para privar os devanditos traballadores de dereitos recoñecidos aos traballadores con contrato de duración indefinida.

27. Tendo en conta os obxectivos que persegue o acordo marco, a cláusula 4 deste debe interpretarse no sentido de que expresa un principio de dereito social da Unión que non pode ser interpretado de xeito restritivo”.

Malia o claro da doutrina exposta, a orde redundante en novas referencias á fixeza en apartados tales como o 10, *Recoñecemento dos graos de carreira profesional alcanzados noutros servizos de saúde*, no cal se limita a incluír o persoal estatutario fixo que se

e réxime retributivo dos recorrentes, que debeu entrar en vigor o 1 de xaneiro de 2014, iso estando o Goberno plenamente sometido á lei e ao dereito ex artigo 103.1 da Constitución e, ademais, sendo o Goberno o titular da potestade regulamentaria...”.

¹⁰³ C-212/04 - Adeneler e outros; ECLI:EU:C:2006:443.

¹⁰⁴ C-307/05 - Del Cerro Alonso; ECLI:EU:C:2007:509.

¹⁰⁵ C-444/09 - Gavieiro e Iglesias Torres; ECLI:EU:C:2010:819.

¹⁰⁶ C-197/15 - Castrejana López; C-184/15 - Martínez Andrés; ECLI:EU:C:2016:680.

¹⁰⁷ C-596/14 - De Diego Porras; ECLI:EU:C:2016:683.

incorpore ao servizo activo no Sergas ou entidades adscritas a este, sen admitir nin tan sequera os mesmos dereitos para quen se incorpore con vínculo de interinidade. Establécense polo tanto requisitos aínda máis severos en canto ao vínculo no caso de provir doutro sistema de saúde, así como na regulación da incidencia da promoción interna na carreira profesional (apartado 11), dado que novamente se limita o recoñecemento ao persoal fixo.

O apartado 14 establece un réxime transitorio e excepcional de encadramento que recoñece a posibilidade de obviar o grao inicial, e mesmo graos superiores, para os que xa obtivesen o recoñecemento dalgún grao conforme o sistema excepcional do ano 2005. Este sistema excepcional xa requiría, e continúa a requirir de forma expresa, ter o carácter de persoal estatutario fixo, sen concesións sequera á situación de cobertura de vacantes por interinidade como no sistema ordinario. Mesmo o apartado c) reitera tal requisito para o persoal ao que lle resulte de aplicación o sistema retributivo da Lei 55/2003 do Estatuto marco (transitoriamente Real decreto lei 3/1987 e normativa complementaria) que non teña recoñecido algún grao de carreira profesional na categoría/especialidade en que estea en activo, ao que se lle exige para acceder ao grao I acreditar un mínimo de cinco anos de servizos prestados como persoal estatutario e que, de tal experiencia, polo menos un ano sexa como persoal estatutario fixo. Este réxime transitorio e excepcional de encadramento supón, tal como expresamente se regula, deixar sen efecto, na súa totalidade, os réximes extraordinarios de carreira profesional acordados na Mesa Sectorial e aplicados no Sergas e entidades públicas adscritas á Consellería de Sanidade e ao dito organismo.

No apartado 15.6, e en relación coa convocatoria dos graos I a VI, establécese novamente o requisito de ter alcanzado a condición de fixo do Servizo Galego de Saúde ou entidades adscritas antes do 31 de decembro de 2011, e o carácter de persoal estatutario, para quedar exonerado do requisito de permanencia no grao anterior, sempre que tivese permanecido continuamente en situación de servizo activo desde o último recoñecemento de grao. Toda esta regulación, as referencias ao tipo de vínculo que permite o acceso ao sistema de carreira profesional, as prerrogativas que se establecen para o persoal con vínculo fixo, e, nalgúns casos con vínculo de interinidade, así como a súa innegable contradición coas disposicións contidas na 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, foron o argumento principal das demandas que se formularon contra a citada orde, e que deron lugar, entre outras, á Sentenza do 27 de novembro de 2019 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia¹⁰⁸, cuxa resolución estimatoria anula, por contraditorios co ordenamento xurídico:

A limitación contida no seu apartado 6, grao inicial, referida á “Estrutura de graos”, que establece: “Grao inicial: Poderá acceder o persoal fixo da categoría e o persoal estatutario interino en praza vacante ou fixo doutra categoría que estea a desempeñar unha praza vacante por promoción interna temporal.

¹⁰⁸ Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 27 de novembro de 2019. Recurso 263/2018.

Apartado 14. Réxime transitorio e excepcional de encadramento, cuxo terceiro parágrafo, en relación co persoal estatutario fixo, sinala: “Poderá participar neste proceso o persoal estatutario fixo do Servizo Galego de Saúde e entidades públicas adscritas á Consellería de Sanidade e ao devandito organismo que nesta data reúnan os seguintes requisitos.

Apartado 15. Outras cláusulas, punto 6, que dispón: Na dita convocatoria (2020) o persoal que tivese alcanzado a condición de fixo do Servizo Galego de Saúde ou entidades adscritas antes do 31 de decembro de 2011, e que no momento desa primeira convocatoria sexa persoal estatutario...”

Establecendo a súa resolución expresamente que debe “*Condenar a Administración demandada a estar e pasar pola anterior declaración e a incluír no ámbito de aplicación da orde atacada a todo o persoal vinculado ao Sergas cos requisitos de permanencia e servizos previos establecidos, sen diferenciación por razón da natureza ou duración do vínculo*”.

Por parte dos Servizos Xurídicos do Sergas anunciouse o propósito de recorrer en casación contra tal pronunciamento xudicial, aínda que a preexistencia da Sentenza do Tribunal Supremo do 15 de xaneiro de 2018, xa aludida, fai intuír a desestimación de tal recurso. Nesta establécese como obxecto casacional: «... *se a carreira profesional horizontal ha de ser considerada condicións de traballo para os efectos de valorar as diferenzas de réxime xurídico aplicables aos funcionarios interinos e ao persoal laboral non fixo e, se é o caso, determinar se existe ou non discriminación naqueles supostos en que o dito persoal quede excluído da posibilidade de realizar esa carreira horizontal*». Con tal formulación, toma como base interpretativa o pronunciamento do TXUE no Auto do 22 de marzo de 2018 –asunto C-315/17¹⁰⁹– ao resolver unha cuestión prexudicial formulada polo Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Zaragoza nun procedemento referido á exclusión da carreira profesional horizontal dunha funcionaria interina da Universidade Pública de Zaragoza, auto en que se mantén que a cuestión pode ser resolta baseándose en decisións anteriores, citando en concreto o Auto do asunto C-631/15¹¹⁰. Tendo en conta tales antecedentes, establece que é innegable que a carreira profesional horizontal ten o carácter de condicións de traballo, estando polo tanto amparada polo acordo marco incluído na Directiva 1999/70, e que a diferenza de trato entre traballadores fixos e interinos non se sustenta en razóns obxectivas, e polo tanto vulnera a directiva.

7 Conclusións e propostas de mellora

O sistema de carreira profesional establecido para o persoal estatutario, tal como se veu configurando ata o momento nas comunidades que procederon ao seu desenvolvemento, e particularmente en Galicia, non segue o sistema establecido no EBEP, dado que se configura como unha singular antigüidade, na cal se reitera o modelo clásico que a propia exposición de motivos do EBEP considera “... *inxusto e contrario*

¹⁰⁹ C-315/17 – Centeno Meléndez; ECLI:EU:C:2018:207.

¹¹⁰ C-631/15 – Álvarez Santirso; EU:C:2016:725.

á eficiencia”. Así, dispénsase o mesmo trato á totalidade do cadro de persoal, con independencia do rendemento real ou implicación co servizo.

Quebra este sistema, tal como está configurado, os principios de eficiencia e de valor xerado polos recursos públicos, sen que se consiga coa súa aplicación a mellora da motivación, rendemento e produtividade do persoal estatutario, e iso malia manterse no artigo 2.3 do EBEP que ao persoal estatutario lle é de aplicación a normativa do EBEP referida á avaliación do desempeño e as retribucións complementarias concordantes.

O sistema galego non ten unha decidida definición dos obxectivos que se pretenden conseguir coa carreira profesional, non se conceptualiza o nivel óptimo de rendemento, nin os mínimos que debe cumprir o persoal estatutario, o que fai que a ferramenta de avaliación careza da precisión imprescindible, máxime cando os únicos elementos contidos no desenvolvemento normativo carecen de concreción obxectiva máis alá da antigüidade no desenvolvemento do posto, a permanencia e a acreditación de participación en accións formativas.

O anexo I da Orde do 18 de xullo de 2018, referido á estrutura básica do baremo, realiza un intento moi voluntarista de establecer uns indicadores reais de rendemento pero, malia ser unha norma de desenvolvemento das previsións legais, non pasa de demorar instrumentos futuros; véxase a previsión final da área II como exemplo cando establece: “*Mentres non se definan as áreas e as formas de avaliación e medida dos mapas de competencias comúns ou específicos de cada categoría, a avaliación da competencia asistencial enmarcarase dentro dos indicadores de actividade asistencial, unificándose as áreas I e II e acumulándose as súas puntuacións máxima e mínima*”, a efectiva creación de indicadores medidos e obxectivos, en cumprimento das previsións tanto do EBEP como do estatuto marco nesta materia.

A realidade parece que segue moito máis as indicacións que o propio baremo establece na súa área III: *Actividades de formación continuada debidamente acreditadas, en termos semellantes aos previstos nos baremos dos procesos de provisión de prazas de persoal estatutario do Servizo Galego de Saúde para as profesións sanitarias*. É dicir, na plasmación real do sistema parece que se limita a constituírse nun baremo equivalente ao dos procesos de provisión de prazas, con cuantificación de antigüidade, permanencia no posto e formación, non referido ao real desempeño individual.

Supón isto a vulneración do carácter básico do EBEP por esta regulación? É un pouco extremista entender que se está a vulnerar o estatuto básico, pero, polo menos ata o momento, o sistema instaurado na comunidade galega non pode entenderse que cumpra estritamente coas previsións do artigo 22 do EBEP en canto a que as retribucións complementarias sexan “... *as que retribúen as características dos postos de traballo, a carreira profesional ou o desempeño, rendemento resultados alcanzados polo funcionario...*”. Nin as do artigo 24 en canto a que os complementos retributivos se baseen na “... *progresión alcanzada polo funcionario dentro do sistema de carreira administrativa*”. Non se aprecia a pretendida íntima conexión co posto de traballo concreto e a actuación real do funcionario no desenvolvemento deste.

Observando o baremo establecido no anexo da orde, resulta evidente que a implicación e o compromiso coa organización como criterios de valoración teñen unha

importancia ponderada mínima na consecución dunha valoración positiva; así, contráense á área IV, Implicación e compromiso coa organización, e outórgase un máximo de 15 puntos dentro dos 100 posibles a estes criterios. Os criterios que se recoñecen neste apartado son os que realmente se corresponden coa intencionalidade inicial da carreira profesional: *“dispoñibilidade efectiva para a prestación de servizos en centros de distintas localidades ou en centros que sexan de difícil cobertura asistencial. Dedicación exclusiva no desempeño do posto de sector público. Desempeño de postos de xefatura, coordinación, supervisión, dirección e responsabilidade. Colaboración en proxectos corporativos de carácter social, sociosanitario ou de prevención de riscos laborais. Participación en grupos de traballo, comisións clínicas e comités constituídos formalmente. Participación en tribunais e órganos de selección/provisión/avaliación. Participación nos protocolos deseñados pola organización para a acollida do persoal de nova incorporación. Outras actividades indicativas da implicación e compromiso coa organización que non sexan obxecto de valoración noutras áreas do baremo”*. É evidente que a implantación dun sistema con estas características implica obrigatoriamente un incremento de medios técnicos para a avaliación, podendo ser esta unha das causas da actual simplificación do sistema de valoración.

O propio Informe da Comisión para o estudo e preparación do Estatuto básico do emprego público publicado polo INAP en 2005 instaba á definición de obxectivos e indicadores de rendemento, requirindo a efectividade do sistema a creación de sistemas obxectivos da avaliación do desempeño, que deberán basearse nos principios constitucionais contidos no artigo 103.3 CE, o que, ata o momento, realmente non se fixo. A dificultade evidente pasa pola determinación de tales sistemas obxectivos, tendo en conta ademais a obrigatoria negociación destes cos interlocutores sociais.

A equidade do sistema debe pasar polo coñecemento previo e exacto polo traballador dos obxectivos de que vai depender a súa avaliación, con capacidade para discrepar desta e de facer alegacións. A garantía de coñecemento colectivo das avaliacións débese manter, como na extinta produtividade, como medida de transparencia e de incremento da obxectividade da avaliación.

As conclusións dos poucos estudos que se realizaron á aplicación ata o momento da carreira profesional nos diversos sistemas de saúde do territorio español non ofrecen uns datos excesivamente positivos. Establecen os limitados obxectivos conseguidos ata o momento na implantación do sistema de carreira profesional, que se acabou por configurar máis como un novo complemento de antigüidade, destinado a retribuír a permanencia no servizo activo, que un complemento por cumprimento de obxectivos. Outro dos erros cometidos na súa implantación, común no ámbito comparado das diversas comunidades, é a diverxencia entre os sistemas. Debe modificarse o sistema actual en que as retribucións básicas se determinan en atención á posición que se ocupa na Administración, o corpo ou escala á cal se pertence, pero as complementarias, como a carreira profesional, débense referir ao desempeño dos labores, ao posto concreto desempeñado, retribuíndo realmente a progresión alcanzada, a especial dificultade técnica, responsabilidade, dedicación, incompatibilidade ou condicións do posto de

traballo, o interese, iniciativa, esforzo, rendemento ou resultados obtidos, e os servizos extraordinarios prestados fóra da xornada normal de traballo.

E en Galicia, a previsible confirmación da Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 27 de novembro de 2019 por parte do Tribunal Supremo débese tomar como unha oportunidade de reconducir o sistema cara a outro que non só respecte a igualdade de dereitos entre os traballadores con vínculo indefinido e temporal, senón que respecte a configuración que se lle pretendeu dar desde as normas legais á carreira profesional, reforzando os criterios establecidos na área V cun maior valor ponderado na suma total. Esperemos que a conxuntura económica derivada da COVID-19 non implique unha nova suspensión da carreira profesional, cos mesmos efectos da Lei de orzamentos xerais do ano 2009 para o sistema extraordinario entón pactado.

Bibliografía

- ALONSO OLEA. M., *Las prestaciones del sistema nacional de la salud*, Civitas, Madrid, 1999.
- CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo de la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- CORONADO BENITO, M., “Derecho sanitario y personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: Régimen retributivo de dicho personal”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Exemplar dedicado a: Persoal estatutario da Seguridade Social), CXPX, Madrid, 2000.
- DE MIGUEL PAJUEL, F., “Artículo 16. Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera”, Palomar Olmeda, A. (dir.), Sempere Navarro, A. V. (dir.) e Quintanilla Navarro, R.Y. (coord.), *Comentario a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009.
- DESDENTADO BONETE, A. e DESDENTADO DAROCA, E., “El sistema normativo de la relación de servicio del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Exemplar dedicado a: Persoal estatutario da Seguridade Social), CXPX, Madrid, 2000.
- FARRERONS NOGUERA, L., *Historia del sistema sanitario español: Debates parlamentarios, 1812-1986*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2013.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Estatuto Básico y carrera funcional”, Linde Paniagua, E. (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- GARCÍA NINET, J.I., “Antecedentes o Precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud”, *Derecho y Salud*, volume 14, número extra 2, 2006.
- GARCÍA TREVIJANO, J.A., “Tratado de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Privado*, tomo III, volume II, Madrid, 1970.

Regap



ESTUDIOS

- GONZÁLEZ SALINAS, P. e LIZÁRRAGA BONELLI, E. (coords.), *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, 2.^a ed., Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “El sistema de retribución por complementos”, *Documentación Administrativa*, n. 101-102, 1966.
- GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, n. 210-211, maio-setembro 1987.
- JUNQUERA GONZÁLEZ, J., GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, V. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Las retribuciones de los funcionarios públicos”, *Asociación Española de Administración Pública*, n. 1, 1979.
- LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41. 2005.
- LOZANO MOSTAZO, M.A., “Capítulo VIII, Carrera Profesional”, Palomar Olmeda, A. e Sempere Navarro, A.V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41, 2005.
- MÍGUEZ MACHO, L., “O desenvolvemento lexislativo do Estatuto básico do empregado público en tempos de crise: a nova Lei do emprego público de Galicia”, *Revista Galega de Administración Pública. Monográfico: Empleo Público*, n. 49, xaneiro-xuño de 2015.
- MONTOYA MELGAR, A., “El personal estatutario de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Exemplar dedicado a: Personal estatutario da Seguridade Social), CXPX, Madrid, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España: evolución histórica y situación actual*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- NIETO GARCÍA, A., “La retribución de los funcionarios en España”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1967.
- NIETO ROJAS, P., “La evaluación del desempeño. Una Herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos”, *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008*, vol. 2, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección Xeral de Información Administrativa e Publicacións, Madrid, 2009.
- PADILLA RUIZ, P., *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo I. Introducción, organización administrativa, empleo público*, 26.^a ed., UNED, Ed. Académicas, Madrid, 2017.
- PAREJO ALFONSO, L., “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998.

- PARRILLA VALERO, F., “En busca del origen de los farmacéuticos titulares”, *Gaceta Sanitaria*, n. 23 (I), 2009.
- PENDAS GARCÍA, B., “El régimen jurídico del personal al servicio de las entidades gestoras, servicios de intervención general e instituciones sanitarias de la Seguridad Social”, AA. VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F. e VILLEGAS OLIVA, A., “El personal estatutario del Sistema Nacional de Salud español”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 10, segundo semestre 2013.
- PÉREZ GÓMEZ, J.M. e PÉREZ LÓPEZ, R., “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Volumen 13, n. 2, 2005.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, n. 111, 1986.
- SALA FRANCO, T., “El personal al servicio del Sistema Nacional de la Salud”, AA. VV., *Cuestiones de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- TOWSON, N., “Saneando la Sanidad: La Ley de Coordinación Sanitaria de 1934”, *La crisis constitucional desde una perspectiva republicana. Centro de Investigación y Estudios Republicanos*, Cuaderno 11, n. 57, octubre de 2005.

REGAP



ESTUDIOS

Regap

Comentarios e crónicas

2

Reflexións sobre a avaliación da normativa de compra pública. Unha realidade factible ou un desiderátum inalcanzable?

Reflexiones sobre la evaluación de la normativa de compra pública. ¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable?

Reflections on the assessment of public purchasing regulations. A feasible reality or an unreachable desideratum?

59 Regap

ELENA HERNÁEZ SALGUERO

Secretaria xeral técnica da Consellaría de Presidencia
Comunidade de Madrid
elena.hernaez@madrid.org

Recibido: 17/06/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4557>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resumo: A sociedade do *big data*, da análise e tratamento da información imprégñase en todos os sectores de actividade. Un sector público moderno non pode quedar atrás neste relativamente novo xeito de facer as cousas.

Tradicionalmente, o lexislador tanto europeo como nacional prestoulle grande atención ao aspecto procedemental da compra pública, regulando de forma máis liviá os aspectos da gobernanza. Non obstante, a Lei de contratos do sector público contén un título completo destinado á gobernanza na compra pública, no cal se regulan distintos órganos e mecanismos tendentes a ofrecer, por un lado, e a tratar, por outro, a dita información da compra pública que permita avaliar o sistema establecido.

Este traballo constitúe asemade un exame e unha reflexión sobre as posibilidades da avaliación da normativa de compra pública.

Palabras clave: Avaliación, eficiencia, datos, estratexia e compra pública.

Resumen: La sociedad del *big data*, del análisis y tratamiento de la información se impregna en todos los sectores de actividad. Un sector público moderno no puede quedarse atrás en este relativamente nuevo modo de hacer las cosas.

Tradicionalmente, el legislador tanto europeo como nacional ha prestado gran atención al aspecto procedimental de la compra pública, regulando de forma más liviana los aspectos de la gobernanza. Sin embargo, la Ley de contratos del sector público contiene un título completo destinado a la gobernanza en la compra pública, en el que se regulan distintos órganos y mecanismos tendentes a ofrecer, por un lado, y a tratar, por otro, dicha información de la compra pública que permita evaluar el sistema establecido.

El presente trabajo constituye a la vez un examen y una reflexión sobre las posibilidades de la evaluación de la normativa de compra pública.

Palabras clave: Evaluación, eficiencia, datos, estrategia y compra pública.

Abstract: The society of big data, of the analysis and treatment of information is impregnated in all sectors of activity. A Modern Public Sector cannot be left behind in this relatively new way of doing things. Traditionally, both the European and national legislators have paid great attention to the procedural aspect of public procurement, regulating governance aspects more lightly. However, the Public Sector Contracts Law contains a complete title intended for governance in public procurement, which regulates different bodies and mechanisms aimed at offering, on the one hand, and treating, on the other hand, such information on public procurement that allow evaluating the established system.

This work constitutes both an examination and a reflection on the possibilities of evaluating public procurement regulations.

Key words: Evaluation, efficiency, data, strategy and public procurement.

SUMARIO: 1 A avaliación como exigencia do principio de eficiencia. 2 Parámetros da avaliación da normativa de compra pública. 3 Elementos e pasos da avaliación. 4 A avaliación da compra pública deseñada na LCSP. 5 Conclusión.

1 A avaliación como exigencia do principio de eficiencia

A avaliación da compra pública. Unha realidade factible ou un desiderátum inalcanzable? A formulación da cuestión de forma dual ou polarizada pode parecer extrema; non obstante, non son poucos os exemplos en que a avaliación normativa, como proceso que ten por obxecto determinar en que medida se acadaron os obxectivos previamente establecidos no ámbito normativo, queda non xa nun segundo, senón nun último plano no conxunto do sistema da compra pública.

Pero onde atopa o seu marco normativo tal actividade? Con carácter xeral, o artigo 130.1 da Lei 39/2015, do 2 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas (LPACAP), establece que deberá avaliarse periodicamente a *“normativa vixente para adaptala aos principios de boa regulación e para comprobar a medida en que as normas en vigor conseguiron os obxectivos previstos e se estaba xustificando e correctamente cuantificado o custo e as cargas impostas nelas”*. Esta previsión normativa sobre a avaliación normativa desenvólvese no Real decreto 286/2017, do 24 de marzo, polo que se regula o Plan Anual Normativo e o Informe Anual de Avaliación Normativa da Administración xeral do Estado se e crea a Xunta de Planificación e Avaliación Normativa, cuxo artigo 3 determina os criterios que cómpre considerar á hora de identificar as normas que se deberán someter a unha análise sobre os resultados da súa aplicación; entre outros, o custo ou aforro orzamentario significativo, o incremento ou redución de cargas administrativas, o impacto sobre a economía, efectos significativos sobre a unidade de mercado, a competencia, a competitividade ou as pequenas e medianas empresas, impacto relevante por razón de xénero, infancia, adolescencia ou sobre a familia.

Completa o marco xeral a regulación propia de cada sector da actividade pública, neste caso da compra pública.

O mecanismo da avaliación debe inserirse no conxunto do sistema normativo con normalidade, ben que na práctica aínda resulta residual na actividade de produción

normativa entendida no seu conxunto e de forma ampla, abranguendo a preparación (estudos previos, consultas, etc.) a produción e a aplicación e os seus efectos. Sen dúbida, debería ser peza central deste se se observa desde a óptica do principio de eficacia ao que debe orientarse a actuación das administracións públicas, de acordo co artigo 103 da Constitución española¹, principio que exige unha xustificación da axeitada aplicación dos medios de que dispoñen as administracións públicas para a consecución dos fins que lles son propios, como unha materialización do concepto de calidade normativa².

Estes fins, que se poderían resumir no ámbito do concepto xurídico indeterminado “interese xeral”, nun Estado social como o que proclama a Constitución española, atenden ao benestar colectivo, disperso en múltiples sectores que quedan afectados por el. Non en van, das primeiras referencias no ordenamento á avaliación considéranse na Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, de regulación transversal, sen prexuízo de que o seu contido fose derogado ao incluírse na LPACAP³.

Vivimos inmersos, pois, nun sistema en que a presenza do público se estende nas súas diversas modalidades –promoción, policía e provisión directa– en todos os aspectos da vida cidadá, sendo esta sorte de omnipresencia o eixe central da actividade política que no tempo actual se caracteriza, entre outras notas, pola inmediatez e a rapidez de produción, incluíndo fenómenos como o que a opinión pública denomina “lexislar en quente”, que, máis que a unha auténtica finalidade de consecución de obxectivos na vía do interese xeral, semellan técnicas de mercadotecnia⁴, máis propias da actividade privada que do público.

Agora ben, como é sabido, a eficacia non é sinónimo de eficiencia, exixindo o alcance desta última dar un paso máis, considerando que este concepto comprende elementos como a xustificación da propia necesidade da norma, a súa proporcionabilidade para alcanzar os seus fins, os seus custos, a súa relación co impacto obxectivo daquela, etc.

¹ PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996; PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989.

² Proxecto *Worldwide Governance Indicators (WGI)* (Indicadores de Gobernanza a través do Mundo), desenvolvido polos membros do Banco Mundial e do Instituto do Banco Mundial. O proxecto publica indicadores globais e individuais para máis de 200 países en diversas dimensións da gobernanza: entre os que se atopa a calidade da regulación. Dispoñible en: http://info.worldbank.org/governance/wgi/sc_country.asp.

³ Artigo 5.3 LES. *Para contribuír ao obxectivo de mellora da calidade regulatoria e á aplicación dos principios de sustentabilidade e boa regulación, as administracións públicas:*

1. Impulsarán os instrumentos de análise previa de iniciativas normativas para garantir que se teñan en conta os efectos de todo tipo que estas produzan, co obxectivo de non xerarlles aos cidadáns e ás empresas custos innecesarios ou desproporcionados, en relación co obxectivo de interese xeral que se pretenda alcanzar.

2. Prestarán a máxima atención ao proceso de consulta pública na elaboración dos seus proxectos normativos, xustificando entre outros os principios de boa regulación aplicables ás iniciativas normativas, fomentando a participación dos interesados nas iniciativas normativas, co obxectivo de mellorar a calidade da norma. Para iso porán á disposición dos interesados todas as canles de comunicación necesarias, especialmente a través de medios telemáticos, e así mesmo achegarán a información axeitada para a mellor comprensión e valoración dos efectos esperados das iniciativas normativas.

3. Promoverán o desenvolvemento de procedementos de avaliación a posteriori da súa actuación normativa, dispoñendo o establecemento dos correspondentes sistemas de información, seguimento e avaliación.

⁴ CHEVALLIER, J. e LOSCHAK, D., *Science administrative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1978, “la «racionalidad jurídica» va cediendo terreno en todo el Estado a la «racionalidad material»”.

Neste escenario, a avaliación normativa constitúe un mecanismo dirixido a garantir a calidade material das normas, como complemento á súa calidade formal⁵, que, se atendemos á literalidade do derogado artigo 5 da LES, constituiría a “terceira pata” do mecanismo previsto, xunto coa análise previa das iniciativas normativas desde a perspectiva da eficacia, e a participación pública a través do procedemento de consulta pública. Insírense, polo tanto, as medidas de avaliación normativa no obxectivo final de eficiencia e calidade normativa, como prevén a OCDE; “*os países da OCDE investiron na calidade das leis e regulamentos, pero hai marxe de mellora para todos*”⁶.

A aínda relativamente escasa incidencia dos mecanismos de avaliación non só radica no arrefriamento do interese unha vez posta a norma no ordenamento, senón moi fundamentalmente na dificultade de atender os custos da implementación dos medios axeitados e suficientes para levar a cabo a dita tarefa “dispondo o establecemento dos correspondentes sistemas de información, seguimento e avaliación”. O Informe especial do Tribunal de Contas Europeo número 10/2015, relativo á necesidade de intensificar os esforzos para resolver os problemas de contratación pública que afectan ao gasto da UE no ámbito da cohesión, recorda que a política da Unión Europea no relativo á contratación pública constitúe un pilar fundamental en relación coa consolidación do mercado interior e arredor da consecución dunha racionalización dos fondos públicos que garanta a sustentabilidade do sistema.

“*Neste ámbito, o incumprimento das normas sobre contratación pública e a falta dun sistema de análise de erros, para o consecuente atallo destes, supuxo unha fonte importante de desaxustes que acaba afectando á transparencia, á competencia e á integridade*”.

Cando falamos de avaliación normativa, non falamos dun concepto unívoco, senón que cómpre distinguir dous tipos de avaliación en función do seu alcance; dun lado, a avaliación normativa propiamente falando e, doutro, a avaliación da norma desde o punto de vista da estratexia. A avaliación normativa estritamente falando desenvólvese no ámbito do exame do cumprimento das obrigas e previsións establecidas na lei, e doutro lado no da avaliación estratéxica que ten por obxecto verificar o impacto que as medidas implementadas normativamente teñen sobre as realidades que se pretende regular.

Mentres que a primeira atopa a súa referencia na comparación da realidade coa norma de carácter imperativo, a segunda atopa a dita tal referencia en estratexias, plans ou programas que non teñen tal carácter imperativo polo xeral. Malia o anterior, a misión da avaliación normativa transcende do simple test do cumprimento da norma ao caso concreto –para o que existen unha serie de mecanismos de control previo e *ex post*–, sendo o seu obxecto reflectir os seus resultados a xeito de estudos ou “mostras estatísticas”.

⁵ PRIETO ROMERO, C., “La planificación y la evaluación normativa en la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 26 de febreiro de 2018.

⁶ *Todos os países da OCDE e de adhesión agora teñen unha política explícita para promover a calidade regulatoria en todo o goberno, e avanzaron na adopción de ferramentas clave de política reguladora, como os procesos de participación das partes interesadas e a avaliación do impacto regulatorio (RIA). Non obstante, as ferramentas de política regulatoria aínda están infrautilizadas ou non se aplican de xeito efectivo na maioría dos países.* Dispoñible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-policy-outlook-2018-9789264303072-en.htm> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

O ámbito en que, ao meu xuízo, a avaliación resulta máis idónea á fin e ao cabo desde o punto de vista do principio de eficiencia non é tanto o singular da propia norma considerada individualmente, senón o máis amplo e estratéxico dos plans ou conxuntos normativos que atenden á consecución da mesma finalidade. Xa se trate de plans, programas ou estratexias, é nestes onde se aprecian con maior amplitude os parámetros que permiten apreciar o grao de efectividade do conxunto de normas adoptadas.

Aínda podemos falar tamén de avaliación *ex ante* ou prospectiva, constituída polo estudo previo dos impactos (económicos e sociais principalmente) da norma proxectada, e *ex post* ou retrospectiva, realizada unha vez que as normas están a ser aplicadas, sobre a que versa este artigo. Podemos, non obstante, sinalar como punto de partida que en ambos os escenarios se aprecian dificultades para considerar implantado un auténtico sistema de avaliación que permita albiscar sequera os obxectivos das estratexias europeas en materia de regulación –*better regulation*–⁷.

As reflexións deste traballo refírense, polo tanto, especialmente á avaliación retrospectiva e estratéxica da nova normativa reguladora da compra pública.

2 Parámetros da avaliación da normativa de compra pública

Neste marco preséntase a avaliación da normativa de compra pública que forma parte da Estratexia 2020 da Unión Europea EUROPA 2020, unha estratexia para un crecemento intelixente, sustentable e integrador (COM/2010/2020 final), do cal o conxunto normativo no ámbito da *compra* pública forma parte, o que se denominou *tool box* ou “caixa de ferramentas”, contido basicamente no denominado cuarto paquete de directivas de contratación pública ou directivas de cuarta xeración. Este marco é definido pola Comisión en cinco obxectivos cuantificables para 2020: o emprego, a investigación e a innovación, o cambio climático e a enerxía, a educación e a loita contra a pobreza. Ao servizo da consecución destes aparece a compra pública.

A Comunicación formula a súa vocación non só estratéxica, senón avaliadora, ao indicar que “*de cara a 2020, a UE debería acordar comunmente un número limitado de obxectivos principais que sexan representativos da perspectiva dun crecemento intelixente, sustentable e integrador. Deben ser medibles, capaces de reflectir as diferentes situacións dos Estados membros e baseados en datos suficientemente fiables para os efectos comparativos*”. Polo tanto, a primeira fonte en que atopar os parámetros avaliadores da compra pública é o ordenamento europeo.

Á hora de determinar os parámetros que orientarían a avaliación do cumprimento dos obxectivos, debemos non só considerar o marco de produción normativa das directivas, isto é, a Estratexia 2020, senón tamén e moi especialmente os obxectivos descritos no procedemento de produción normativa, que no ámbito europeo se traduce

⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, 2017. Dispoñible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf> (Consultado o 16 de xuño de 2020).

nunha sorte de “diálogo” entre o Parlamento e a Comisión, cuxas consideracións constitúen a mellor das exposicións de motivos. Así, a Resolución do Parlamento Europeo, do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública (2011/2048 (INI)), establece as misións ou os obxectivos que cómpre satisfacer: “*Primeira misión: mellora da claridade xurídica, Segunda misión: desenvolver todo o potencial –a mellor rendibilidade–, Terceira misión: simplificar as normas e permitir procedementos máis flexibles, Cuarta misión: mellora do acceso para as pemes, Quinta misión: asegurar uns procedementos razoables e evitar vantaxes desleais, como medida anticorrupción, Sexta misión: incrementar o uso da contratación electrónica*”. Estes obxectivos finalmente están plasmados nos considerandos das directivas de compra pública.

Xunto con estes obxectivos, non cabe descoñecer que a compra pública se desenvolve no seo dos principios dos tratados da Unión Europea e, en concreto, dos derivados do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), como o principio de non discriminación por razón de nacionalidade (art. 18) a prol da efectiva implantación da libre circulación de persoas, servizos e capitais, principios cuxo papel reitor se residencia non só na actividade de produción e aplicación das normas, senón tamén na ponderación do impacto destas.

Por último, por máis que a regulación da contratación pública sexa froito da transposición do cuarto paquete de directivas, non podemos esquecer os obxectivos propios resultantes da idiosincrasia do lexislador español, expostos no preámbulo da Lei 9/2017, do 8 de marzo, de contratos do sector público, LCSP. “*Os obxectivos que inspiran a regulación contida nesta lei son, en primeiro lugar, lograr unha maior transparencia na contratación pública e, en segundo lugar, o de conseguir unha mellor relación calidade-prezo*”⁸, para o cal propón “*a inclusión de aspectos cualitativos, ambientais, sociais e innovadores vinculados ao obxecto do contrato*”, recollendo así mesmo a necesidade de simplificación dos trámites dos procesos de compra pública.

Recapitulando todo o anterior, ofrécese un panorama claro dos parámetros con que debería abordarse a avaliación da normativa da compra pública, a saber: estratexia, seguridade xurídica, simplificación de procedementos, mellora na eficiencia da compra pública conseguindo mellores ratios na relación calidade/prezo, transparencia e loita contra a corrupción, así como o incremento da contratación electrónica como medida instrumental imprescindible para o logro dos anteriores.

3 Elementos e pasos da avaliación

Afrontar o labor avaliador de calquera actividade exige a aplicación de dous elementos que a conforman; dun lado, os datos e, doutro, o método de avaliación. É a combinación de dato e método a que permite chegar a conclusións na avaliación normativa.

⁸ Como mínimo, chama a atención en primeiro lugar o establecemento dunha especie de orde na enumeración dos principios que inspiran a norma pero chama aínda máis a atención a preponderancia que o texto lle outorga ao principio de transparencia sobre o que deba ser o obxectivo central da compra pública se atendemos á súa finalidade, que non é outra que a de proporcionarlle ao sector público bens e servizos coa mellor relación calidade/prezo.

Os datos constitúen a información que permite chegar ao coñecemento daquilo a que están referidos. Certamente, estamos inmersos nun mundo de información que ten valor económico, constitúe obxecto de transaccións, de protección e de regulación, e polo tanto o mundo xurídico non pode escapar ao novo paradigma do valor esencial dos datos. A abordaxe da avaliación normativa da compra pública véñse desenvolvendo principalmente desde o punto de vista dos datos, identificándose coa elaboración de estatísticas. Son moitos os instrumentos normativos que establecen entre as súas previsións a de recompilar datos⁹.

Obviamente, os datos da compra pública en canto información dispoñible sempre están ao alcance das entidades do sector público como suxeitos produtores en gran parte da dita información e unha das dúas partes nos negocios xurídicos orixe desta. Así mesmo, a Administración pode ter acceso a outros datos que conformarían a información estratéxica da compra pública e que comprenden a información do impacto da normativa nos mercados ou sectores cuxa afectación se busca implementar coa regulación.

Non resulta tan doado para terceiros acceder a toda a información. Non obstante, o novo xeito de relacionarse cos cidadáns trouxo consigo unha normativa completa en materia de transparencia que permite o acceso aos datos, tanto desde a óptica da publicidade activa como pasiva plasmada no dereito de acceso. A Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (LTAIPBG), exige así no seu artigo 8 que se publiquen *“todos os contratos, con indicación do obxecto, duración, o importe de licitación e de adxudicación, o procedemento utilizado para a súa celebración, os instrumentos a través dos que, se é o caso, se publicitou, o número de licitadores participantes no procedemento e a identidade do adxudicatario, así como as modificacións do contrato. Igualmente, serán obxecto de publicación as decisións de desistencia e renuncia dos contratos. A publicación da información relativa aos contratos menores poderá realizarse trimestralmente.*

Así mesmo, publicaranse datos estatísticos sobre a porcentaxe en volume orzamentario de contratos adxudicados a través de cada un dos procedementos previstos na lexislación de contratos do sector público”.

Esta regulación sobre os datos no ámbito da compra pública complétase coa regulación que do contido da plataforma de contratos do sector público, do rexistro de contratos e dos perfís de contratante fan os artigos 347, 345 e 63 da LCSP respectivamente.

Estes preceptos conteñen a regulación básica de que datos deben ofrecerse e a forma en que debe verificarse a posta á disposición destes, sinalando unicamente o apartado 8 do artigo 347 que a información se publicará en estándares abertos e reutilizables, e o apartado 2 do 345 que a información sobre a contratación pública compilada no Rexistro de Contratos do Sector Público deberá estar sistematizada

⁹ Acordo sobre Contratación Pública da Organización Mundial de Comercio (Acordo de Marraquex): anexo 4b artigo XIX: *“Cada parte reunirá, e facilitará ao comité anualmente, estatísticas sobre os contratos comprendidos no ámbito de aplicación deste acordo. Nelas figurará a información que se detalla a continuación acerca dos contratos adxudicados por todas as entidades contratantes comprendidas no presente acordo (...).*

Para asegurarse de que esas estatísticas son comparables, o comité establecerá directrices sobre os métodos que deben utilizarse”. Dispoñible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-1850> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

seguinte formatos e estándares abertos adoptados a nivel internacional. A estas exigencias de que se trate de datos abertos e reutilizables previstas especificamente cabe engadir a interoperabilidade ou capacidade de compartir datos e posibilitar o intercambio de información. Esta regulación vese complementada co establecido na LTAIPB en relación coas características dos datos que para a publicación activa destes se fixan nos apartados 4 e 5 do seu artigo 5, que ás exigencias antes sinaladas de datos en aberto reutilizables e interoperables engade que os datos deberán ser ofrecidos “*dun xeito claro, estruturado e entendible para os interesados, será comprensible, de acceso doado e gratuíto*”.

Polo tanto, unha adecuada valoración exige como instrumento esencial o acceso a datos abertos, reutilizables, interoperables, gratuítos e de acceso doado e ademais ofrecidos cunha estrutura clara que os faga comprensibles.

O segundo elemento que determina unha axeitada valoración ou avaliación da normativa é o sistema ou método aplicado á avaliación, desde o punto de vista cuantitativo ou cualitativo e exige a existencia de profesionais expertos con coñecementos para, analizando os datos, chegar a conclusións e extraer propostas.

Intimamente relacionado cos elementos que forman parte da avaliación atópanse os pasos ou fases desta en canto a avaliación se configura como un proceso. Efectivamente, a mera recompilación de información non constitúe unha avaliación por máis que sexa presuposto *sine qua non* desta. Debe, polo tanto, continuarse cunha segunda fase de clasificación e tratamento da información, o seu exame e estudo desde diversas ópticas para poder chegar a unha terceira fase en que se extraian as conclusións que permitan ofrecer un panorama da compra pública que sexa un reflexo da realidade desta, que pola súa vez introduza a análise das posibles intervencións correctoras.

4 A avaliación da compra pública deseñada na LCSP

O sistema de avaliación da normativa da compra pública deseñado na LCSP concrétese por referencia aos órganos encargados deste dentro da nova regulación do que se coñece como a gobernanza na contratación pública. Desta forma, a LCSP prevé a avaliación desde a perspectiva orgánica da regulación dos sucesos aos cales atribúe competencias na materia. A cada un destes órganos atribúeselles unha función relacionada, dunha forma ou outra, coa avaliación.

Se atendemos ao concepto gobernanza como o conxunto de elementos que permiten apreciar a eficacia, calidade e boa orientación da intervención do Estado, efectivamente a avaliación normativa debe entenderse residenciada no ámbito da gobernanza, como parece prever a LCSP, ao incluíla no seu libro cuarto, “Organización administrativa para a xestión da contratación”, que en certo modo se relaciona co dito concepto. Agora ben, ao clasificar os distintos órganos que comprende tal organización, non reserva especificamente ou *nominatim* ningunha categoría para órganos avaliadores. Así, contempla órganos que denomina de contratación, de asistencia e consultivos,

asignándolles a algúns destes últimos funcións avaliadoras, sen atribuírlles paralelamente o carácter de órganos de avaliación.

Sen obedecer, polo tanto, a unha categoría de avaliadores, son varios os órganos que parecen ter certas competencias de avaliación na LCSP, tanto atribuídas de forma directa como indirectamente ao encomendárselles funcións que levan necesariamente consigo unha avaliación previa e correlativamente os mecanismos avaliadores.

Estes órganos son a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado (XCCPE) –que conta no seu seo, pola súa vez, co Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública– e a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación Pública (OIRESCON). Estes órganos, non obstante, non funcionan de cara á avaliación normativa como compartimentos estancos, senón que, como se sinala no primeiro informe enviado á Comisión Europea pola XCCPE, “*o marco deseñado pola nova Lei de contratos fai que todos os órganos citados estean estreitamente relacionados, non sendo cada un deles un compartimento estanco. Todo o contrario, a interrelación entre eles é manifesta, e só deste xeito se logrará que todos eles cumpran os obxectivos para os cales foron creados, sen que exista entre eles ningunha descoordinación nin duplicidade de actuacións*”.

A XCCPE desde a súa creación foi un órgano eminentemente consultivo e realmente, a pesar de que a LCSP a define como o órgano específico de regulación e consulta en materia de contratación pública do sector público estatal, carece de funcións executivas ou normativas na materia. Porén, destaca unha nova atribución da XCCPE consistente na elaboración e remisión á Comisión Europea cada tres anos dun informe referido a todos os poderes adxudicadores estatais, autonómicos e locais respecto da licitación pública e execución dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos que estean suxeitos a regulación harmonizada (art. 328 LCSP)¹⁰, que constitúe o principal mecanismo de avaliación da contratación pública establecido na LCSP. Esta regulación deriva da transposición dos artigos 83 e 85 da Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública¹¹.

Para o desenvolvemento desta actividade, conta no seu seo co Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, que analizará as cuestións relativas á contratación pública que resulten de interese común para todas as comunidades autónomas participantes nel e recompilará a información que debe ser remitida á Comisión Europea¹².

A actividade deste comité preséntase como fundamental de cara ao obxectivo da interoperabilidade da información, presuposto *sine qua non* dunha avaliación normativa adecuada, expóndose que o propósito do lexislador é conseguir a través deste órgano que a actuación dos distintos entes do sector público se desenvolva “*de maneira compatible e harmónica*”¹³.

¹⁰ O primeiro Informe relativo á contratación pública en España – 2017 remitiuse á Comisión o 17 de abril de 2018. Dispoñible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (Consultado o 14 de xuño de 2016).

¹¹ A dita obriga recóllese tamén nos artigos 45 da Directiva 2014/23/UE, e nos artigos 99 e 101 da Directiva 2014/25/UE.

¹² Informe relativo á contratación pública en España – 2017. Abril de 2018.

¹³ RECUERDA GIRELA, M.Á., *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018. Comentario al artículo 334, p. 1837.

No entanto, a LCSP configura esta función como unha mera recompilación de datos e traslado de información á Unión Europea, o que, malia ser o presuposto necesario para toda avaliación, é só un paso previo desta, unha das súas fases, de maneira que o papel da XCCPE na actividade de avaliación é parcial. O carácter parcial do informe tamén resulta de ser unha exixencia do paquete de directivas de 2014, xa que non prevé toda a contratación pública, senón unicamente os contratos suxeitos a regulación harmonizada (SARH)¹⁴. A pesar de tal realidade, o informe da contratación pública de 2017 non só se limitou a ofrecer información sobre contratación pública como conxunto de datos, senón que extrae conclusións desta a xeito de información cualitativa.

Así mesmo, o dito informe incorporará a información contida no informe de supervisión que remitirá a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación, OIRESCON, creada no artigo 332 da LCSP á cal lle corresponde “*coordinar a supervisión en materia de contratación dos poderes adxudicadores do conxunto do sector público*”. Para iso, elaborará un informe anual que recollerá as conclusións derivadas de toda a actividade de supervisión realizada polas administracións competentes, incluíndo unha relación expresiva dos principais incumprimentos constatados e dos órganos responsables destes. Este órgano si que ten unhas funcións avaliadoras máis completas, xa que estas non se limitan a recompilar información, senón ao seu exame, estudo e realización de recomendacións e mesmo instrucións ao respecto.

A primeira conclusión a extraer, aínda que de carácter meramente terminolóxico, é que a actividade de supervisión descrita na LCSP se corresponde co que sería unha verdadeira actividade de avaliación da aplicación e cumprimento da norma, así como da súa efectividade, na medida en que pode non só fixar as pautas de interpretación e de aplicación da lexislación da contratación pública, senón que tamén comprende elaborar recomendacións xerais ou particulares aos órganos de contratación, así como propostas de modificación, adaptación ou mellora normativa. Pola contra, a mención á avaliación queda referida á Oficina Nacional de Avaliación, que, malia a súa denominación, non realiza auténticas funcións de avaliación da contratación pública, senón que ten por misión, en virtude do establecido no artigo 333 da LCSP, analizar a sustentabilidade financeira dos contratos de concesións de obras e contratos de concesión de servizos.

Outra conclusión que cómpre considerar é que a LCSP non contén previsión ningunha en relación cunha avaliación estratéxica, nin, polo tanto, lle encomenda esta misión especificamente a órgano ningún. Este tipo de avaliación atopa un exemplo específico no noso país na Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, que emitiu un informe avaliador dos procedementos de contratación en España desde a óptica da competencia, do 7 de febreiro de 2019: “*para poder determinar se hai competencia efectiva nas compras públicas e se os fondos públicos se utilizan de xeito eficiente, é necesario poder avaliar o funcionamento do noso sistema de contratación pública, e isto só se pode levar a cabo se se dispón de datos precisos*”¹⁵. Nesta mesma liña pódese-

¹⁴ Sen prexuízo diso, ofrécese o dato referido á contratación pública por debaixo dos limiares comunitarios (o valor agregado total desta), tal como se establece nas directivas de contratación de 2014.

¹⁵ Dispoñible en: <https://www.cnmc.es/file/185659/download>.

se mencionar, por exemplo, o segundo informe “Spending Review” da Autoridade Independente de Responsabilidade Fiscal (AIREF) de xuño de 2019, que, en relación co procedemento de poxas de medicamentos implantado na Comunidade Autónoma andaluza, sinala que *“o sistema de selección de medicamentos de Andalucía se mostrou exitoso para conseguir aforros sen comprometer a saúde dos cidadáns”*. Neste caso, non se trata dunha avaliación xeral, senón que, partindo dunha premisa particular efectuada en relación cun caso concreto, senta unha conclusión que ben podería ser extrapolable ao resto de supostos de uso do sistema indicado e, polo tanto, implica unha avaliación dos efectos da aplicación da norma nun sector determinado.

No seo da Unión Europea, cabe destacar unicamente, a xeito de exemplo de Informe de estratexia o de Bruxelas 26.2.2020 SWD (2020) 508 final. Informe sobre España 2020, que acompaña ao documento Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello Europeo, ao Consello, ao Banco Central Europeo e ao Eurogrupo, Semestre Europeo 2020: Avaliación dos avances no que respecta ás reformas estruturais e á prevención e á corrección dos desequilibrios macroeconómicos, e resultados dos exames exhaustivos conforme o Regulamento (UE) n. 1176/2011 (COM (2020) 150 final)¹⁶.

Unha última consideración sobre a regulación que da avaliación normativa fai a LCSP lévanos a formular que do resultado da avaliación non deriva unha nomofilaxe automática da regulación da compra pública, ao careceren os órganos avaliadores, como é obvio, de toda competencia normativa. Os órganos avaliadores unicamente teñen competencias para efectuar estudos e informes e, como resultado destes, realizar propostas de regulación, ben para afondar ou para desbotar unha determinada liña normativa, ou ben informes e recomendacións que, aínda que teñen un alto valor doutrinal e adoitan ser aplicados polos distintos operadores xurídicos e económicos, non son vinculantes, e no máis intenso dos supostos de intervención, como é o caso da OIRESCON, para ditar instrucións *“fixando as pautas de interpretación e de aplicación da lexislación”*¹⁷.

Non obstante, o instrumento verdadeiramente avaliador da LCSP é a Estratexia Nacional de Contratación, regulada no seu artigo 334, que é un documento xurídico vinculante para todas as entidades contratantes de España, que realizará unha análise de todos os datos dispoñibles e abordará, entre outras cuestións, a mellora da supervisión da contratación pública, a elaboración de manuais de boas prácticas, e promoverá a profesionalización na contratación pública cun horizonte temporal de catro anos. A elaboración desta estratexia exige a participación dos órganos anteriormente

¹⁶ Dispoñible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020-european_semester_country-report-spain_es.pdf.

¹⁷ Sobre este tema que non constitúe especificamente o obxecto deste traballo, resulta de grande interese a controversia doutrinal sobre o carácter vinculante das instrucións da OIRESCON: GIMENO FELIU, J.M. e MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como> (Consultado o 14 de xuño de 2020). DÍEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

indicados, xa que será realizada polo Comité de Cooperación no seo da XCCPE, sendo finalmente aprobado pola OIReSCON.

Os parámetros de avaliación a que máis arriba me refería están especificamente establecidos para a estratexia nacional de avaliación no apartado 2 do artigo 334 da LCSP:

Parámetros de transparencia e de loita contra a corrupción: *Combater a corrupción e as irregularidades na aplicación da lexislación sobre contratación pública.*

Parámetros de eficiencia: *Promover a eficiencia económica nos procesos de obtención de bens, servizos e subministracións para o sector público, estimulando a agregación da demanda e a axeitada utilización de criterios de adxudicación e incrementar a profesionalización dos axentes públicos que participan nos procesos de contratación. Xeneralizar o uso da contratación electrónica en todas as fases do procedemento.*

Parámetros de estratexia: *Utilizar as posibilidades da contratación pública para apoiar políticas ambientais, sociais e de innovación, e promover a participación das pemes no mercado da contratación pública.*

A avaliación que supón a Estratexia Nacional de Contratación non queda no ámbito da avaliación normativa, senón que pretende ser unha auténtica avaliación estratéxica da compra pública. Agora ben, dado que ata a data non se elaborou o documento, non é posible saber se efectivamente a vocación de avaliación estratéxica atopará reflexo nel ou se limitará a unha mera análise cuantitativa de datos, o que na miña opinión sería unha auténtica oportunidade perdida.

Outro informe que prevé a LCSP cunha finalidade avaliadora é o Informe sobre a contratación pública en España, que, de acordo co establecido no apartado 8 do seu artigo 346, o Goberno enviará anualmente ás Cortes Xerais a partir dos datos e análises proporcionadas polo Rexistro de Contratos do Sector Público. O Ministerio de Facenda e Función Pública porá en coñecemento da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia o informe, tras a súa remisión polo Goberno ás Cortes Xerais.

Pode afirmarse que a vontade avaliadora na LCSP como consecuencia do novo paradigma de gobernanza queda representada pola cantidade de informes que con esta finalidade establece: o informe anual que o Goberno remite ás Cortes, o informe trianual que a Xunta Consultiva remite á Comisión Europea e o informe anual de supervisión cuxa aprobación corresponde á OIReSCON, xunto coa Estratexia Nacional de Avaliación. Tal profusión de informes, non obstante, por si soa non parece ser garantía da calidade da actividade avaliadora.

Fóra dos órganos tipicamente avaliadores da LCSP, tamén participan na función de avaliación distintos axentes, xa teñan ou non funcións administrativas. Efectivamente, os informes e conclusións sobre os efectos da normativa de compra pública en distintos sectores e mercados cumpren, así mesmo, esa misión avaliadora, ofrecéndolle ao lexislador encargado da súa implementación ou mellora informes de primeira man sobre o impacto daquela. É o caso de asociacións profesionais, fundacións de investigación, colexios profesionais, federacións de municipios, universidades, etc.

A colaboración público-pública e público-privada, no máis amplo sentido da expresión, é un elemento determinante do éxito da avaliación, ou, tal como indica o

primeiro informe anual de supervisión da contratación pública en España, OIRESCON, de decembro de 2019¹⁸, “*a supervisión pública require, sempre, da cooperación entre distintos órganos ou unidades administrativas, con institucións, autoridades ou organismos públicos situados en distintos ámbitos territoriais e competenciais –instancias europeas incluídas– nun escenario de relacións interadministrativas e interinstitucionais, no que tamén conflúen axentes privados –operadores económicos e cidadáns, con vontades e intereses diferenciados– que colaboran, directa ou indirectamente, co ente supervisor*”.

Non cabe descoñecer tampouco a que poderíamos denominar avaliación impropia que se presupón no lexislador cando acomete cambios ou modificacións na regulación da compra pública, á vista dos distintos intereses en xogo e dos efectos que produce a aplicación das normas. Podería ser este o caso da derogación parcial do artigo 118.3 da LCSP respecto do tan comentadísimo novo expediente do contrato menor, especificamente da tamén tan deostada e comentada regra da incompatibilidade, mediante o Real decreto–lei 3/2020, do 4 de febreiro, de medidas urxentes polo que se incorporan ao ordenamento xurídico español diversas directivas da Unión Europea no ámbito da contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de plans e fondos de pensións; do ámbito tributario e de litixios fiscais, que ofrece un bo exemplo desta actividade froito da avaliación impropia polo propio lexislador ao sinalar o seu preámbulo que “*tamén se incluíu a modificación do artigo 118 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, que recolleu o decaído proxecto de Lei de orzamentos xerais do Estado para o ano 2019 (BOC do 16 de xaneiro de 2019), ao resultar urxente e necesario por razóns de seguridade xurídica solucionar os graves problemas técnicos que o actual artigo 118.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, suscita ao exixir, para asinar un contrato menor, que o contratista non subscribise máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen as cifras que establece o artigo 118.1 da Lei 9/2017, do 8 de novembro*”.

Certamente, a LCSP sentou as bases para un auténtico sistema de avaliación e supervisión da súa aplicación. Entón, por que a cuestión inicialmente formulada? Pode afirmarse que a avaliación proposta na LCSP é eficaz? Sen atrevernos a facer unha análise tan pouco tempo despois da creación do sistema, non obstante, non resulta complicado albiscar a realidade, acudindo ás propias fontes da información.

Se algo queda claro da lectura do primeiro informe anual da OIRESCON é que non hai unha correlación axeitada entre o obxectivo perseguido e os medios asignados para dar cumprimento a este. Efectivamente, sinala o propio informe xa nas súas primeiras liñas que “*para a realización deste non se dispuxo dos medios informáticos nin persoais indispensables para iso*”, concretando esta inicial aseveración ao analizar cada unha das mostras seleccionadas. O panorama complícase aínda máis no escenario de profesionalización que a contratación pública exige, non só pola cada vez máis complexa realidade sobre a que opera, senón tamén por impulso e recomendación

¹⁸ Dispoñible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/27901388-df3a-434d-8a47-3356a7c11261/INFORME+SUPERVISION+OIRESCON+2019.pdf?MOD=AJPERES>.

da UE¹⁹, profesionalización que obviamente debe estar presente en todo o sistema, incluíndo necesariamente a avaliación deste.

Pero non é só a falta de medios a que pon trabas á verdadeira eficacia da avaliación, senón tamén a pluralidade de formas de facer as cousas ou de cumprir a lei, froito da organización administrativa do noso país, en que a autonomía de xestión, malia presentar evidentes vantaxes asentadas no sistema, leva consigo importantes inconvenientes de coordinación que resultan, ao meu xuízo, letais para a consecución do obxectivo marcado, afectando ao elemento esencial que permite o manexo e o estudo dos datos, a interoperabilidade ou a capacidade dos sistemas de información e dos procedementos aos que estes dan soporte de compartir datos e posibilitar o intercambio de información e coñecemento entre eles²⁰. Esta heteroxeneidade na presentación dos datos deriva da multiplicidade de perfís de contratante, que aínda que foi atallada na LCSP desde a perspectiva da transparencia, ao exixir que os datos publicados nos perfís tamén o fosen na plataforma de maneira directa ou mediante o sistema de perfís aloxados, non parece estar funcionado tan ben en canto á consideración da plataforma non só como instrumento de transparencia, senón de gobernanza e como fonte fundamental de información de cara á obtención de datos sobre os que proxectar a análise da compra pública.

Lamentablemente, a recente situación derivada da crise sanitaria causada polo coronavirus COVID-19 é un triste exemplo diso. Non só se puxeron de relevo tales inconvenientes a nivel estatístico sanitario, senón que, no labor avaliador da OIRESCON, se fixo patente esta circunstancia. Así resulta da lectura do informe especial “A publicidade das emerxencias COVID-19”.

Son, polo tanto, os dous elementos que conforman a avaliación normativa os que sofren deficiencias que comprometen a consecución dos seus obxectivos. Tanto a obtención de datos en formato aberto e reutilizable que permita o seu axeitado estudo e tratamento como a súa interoperabilidade presentan déficits que dificultan a verdadeira avaliación da compra pública²¹. Tamén se resente o elemento da aplicación a estes de métodos de estudo profesionalizados que permitan extraer consecuencias valorables no eido da avaliación, isto último debido á falta de medios tanto materiais como persoais que sofren algúns dos órganos avaliadores.

¹⁹ Recomendación (UE) 2017/1805 da Comisión, do 3 de outubro de 2017, sobre a profesionalización da contratación pública. “Construír unha arquitectura para a profesionalización da contratación pública”. Dispoñible en: <https://www.boe.es/doue/2017/259/L00028-00031.pdf> (Consultado o 14 de xuño de 2020).

²⁰ STC 2/1983, do 28 de abril, ECLI:ES:TC:1983:32, “A coordinación persegue a integración da diversidade das partes ou subsistemas no conxunto ou sistema, evitando contradicións e reducindo disfuncións que, de subsistiren, impedirían ou dificultarían respectivamente a realidade mesma do sistema”.

²¹ *Identifícase a necesidade de mellora da información das plataformas existentes tanto PLACSP como as de ámbito autonómico, xa que se detectaron erros na información publicada tanto de fondo como de forma (en relación coa información do órgano de contratación no seu perfil, mesa de contratación, e actividade contractual), así como a falta de homoxeneidade, e unha deficiencia da calidade do dato ofrecido en formato aberto e reutilizable.*

5 Conclusión

O sector público español atópase nun punto de inflexión e de non retorno, atreveríame a sinalar, en canto ao xeito de facer as cousas. Deben superarse definitivamente conceptos de eficacia arredor da cousa pública que implican a consecución do obxectivo marcado, pero sen unha verdadeira reflexión xeneralizada sobre o impacto das medidas adoptadas. Tal reflexión e a aplicación práctica das súas conclusións converten o sistema de eficaz en eficiente, o que implica a presenza necesaria de mecanismos de avaliación.

Non é un segredo que a contratación pública como normativa sectorial do sistema de aprovisionamento do sector público para o exercicio das súas competencias non pode quedar á marxe, senón que debe ser protagonista do cambio de mentalidade e da transformación das administracións públicas, xunto coa mellora da cobertura tecnolóxica do sistema. Non só polo seu impacto económico, senón polo seu impacto directo, así mesmo, nas diversas realidades sobre as que se proxecta.

A LCSP contén a regulación pertinente para un primeiro estadio na avaliación do seu impacto, a avaliación normativa; non obstante, algunhas das primeiras experiencias aplicativas desta normativa subxacen as dificultades materiais para a súa implementación. Pola súa banda, non hai previsións de avaliación estratéxica da aplicación da norma, que en parte asumiron operadores alleos ao sector público, cuxas conclusións, non obstante, contribúen á análise da súa eficiencia, sendo un valor engadido que se establezan mecanismos de cooperación para aproveitar as sinerxías entre sector público e privado.

Podería dicirse, de momento, que a intención é boa...

Bibliografía

- CANALS I AMETLLER, D. (dir.), *Evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva en las instituciones europeas y en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- CHEVALLIER, J. e LOSCHAK, D., *Science administrative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1978.
- COMISIÓN EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, 2017. Dispoñible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf> (Consultado o 16 de xuño de 2020).
- DÍEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/> (Consultado o 14 de xuño de 2020).
- GIMENO FELIU, J.M. e MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OREISCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Dispoñible en: <http://obcp.es/>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como (Consultado o 14 de xuño de 2020).
- PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989.
- PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996.
- PRIETO ROMERO, C., “La planificación y la evaluación normativa en la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 26 de febreiro de 2018.
- RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018.

Responsabilidade patrimonial da Administración xeral do Estado: un estudo da Orde SND/326/2020 do Ministerio de Sanidade, xerada como consecuencia da crise por COVID-19

Responsabilidad patrimonial de la Administración general del Estado: un estudio de la Orden SND/326/2020 del Ministerio de Sanidad, generada como consecuencia de la crisis por COVID-19

Patrimonial liability of the general State Administration: a study of the Order SND/326/2020 of the Ministry of Health, created as a consequence of COVID-19 crisis

59 Regap

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

GABRIELE VESTRI

Profesor Axudante Doutor de Dereito Administrativo
Universidade de Cádiz
Orcid 0000-0002-7959-0458
gabriele.vestri@uca.es

Recibido: 20/04/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4312>

Resumo: Este estudo pretende analizar a estrutura da responsabilidade patrimonial da Administración estatal como consecuencia da introdución da Orde SND/326/2020 do Ministerio de Sanidade. A orde permite a fabricación de máscaras e batas cirúrxicas durante a permanencia do estado de alarma a persoas físicas e xurídicas que así o soliciten; tamén autoriza a produción de material sanitario a quen non o faga de forma profesional ou cando a súa actividade principal sexa a fabricación doutro tipo de produto. No contexto de excepcionalidade determinado pola pandemia por COVID-19, parécenos interesante analizar os criterios que poderían determinar a responsabilidade da Administración do Estado pola defectuosidade dun produto sanitario cuxa produción é autorizada pola mesma orde.

Palabras clave: Ministerio de Sanidade, responsabilidade patrimonial da Administración, estado de alarma, material sanitario, COVID-19.

Resumen: Este estudio pretende analizar la estructura de la responsabilidad patrimonial de la Administración estatal como consecuencia de la introducción de la Orden SND/326/2020 del Ministerio de Sanidad. La orden permite la fabricación de mascarillas y batas quirúrgicas durante la permanencia del estado de alarma a personas físicas y jurídicas que así lo soliciten; también autoriza la producción de material sanitario a quien no lo haga de forma profesional o cuando su actividad principal sea la fabricación de otro tipo de producto. En el contexto de excepcionalidad determinado por la pandemia por COVID-19, nos parece interesante analizar los criterios que podrían determinar la responsabilidad de la Administración del Estado por la defectuosidad de un producto sanitario cuya producción es autorizada por la misma orden.

Palabras clave: Ministerio de Sanidad, responsabilidad patrimonial de la Administración, estado de alarma, material sanitario, COVID-19.

Abstract: This study aims to analyze the structure of the patrimonial responsibility of the State Administration as a consequence of the introduction of Order SND/326/2020 of the Ministry of Health. The order allows the manufacture of masks and surgical gowns by individuals and legal entities that request it during the permanence of the state of emergency. The order authorizes the production of sanitary material for those who do not do it professionally or when their main activity is the manufacture of another type of product. In the context of exceptionality determined by the COVID-19 pandemic, we find interesting to analyze the criteria that could determine the responsibility of the State Administration for the defect of medical device whose production is authorized by the same order.

Key words: Ministry of Health, patrimonial liability of the Administration, state of emergency, healthcare material, COVID-19.

SUMARIO: 1 A xeito de introdución. 2 Obxecto material da orde. 3 A determinación da responsabilidade extracontractual no ámbito deste estudo. 3.1 Determinación do nexo de causalidade. 4 A concorrencia na causación do dano. 5 Breves reflexións conclusivas.

1 A xeito de introdución

O pasado día 14 de marzo de 2020 e así como está establecido no artigo 116.2 da Constitución española e en cumprimento da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio (en diante LOREAES), o Ministerio da Presidencia, Relacións coas Cortes e Memoria Democrática, aprobábase o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declaraba o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19¹.

Cómpre destacar que o artigo 4.2 d) do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, recoñece o Ministerio de Sanidade como autoridade competente para o exercicio das funcións que se consideran no mesmo real decreto. Neste contexto, o Ministerio de Sanidade, con data do 6 de abril, aproba a Orde SND/326/2020, «pola que se establecen medidas especiais para o outorgamento de licenzas previas de funcionamento de instalacións e para a posta en funcionamento de determinados produtos sanitarios sen marcación CE con ocasión da crise sanitaria ocasionada polo COVID-19»². Neste sentido, o punto primeiro da orde ocúpase de establecer que: «Constitúe o obxecto desta orde o establecemento de medidas especiais en materia de licenza previa de funcionamento de instalacións e garantías sanitarias requiridas aos produtos sanitarios

¹ BOE n. 67, do 14 de marzo de 2020, pp. 25390 a 25400.

² BOE n. 97, do 7 de abril de 2020, pp. 28415 a 28417.

recollidos no anexo, necesarios para a protección da saúde pública na situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19». O anexo citado recolle dous produtos sanitarios: máscaras e batas cirúrxicas.

Resulta particularmente interesante con relación a este traballo o punto cinco da orde, que en materia de responsabilidade patrimonial establece o seguinte:

«A eventual responsabilidade patrimonial que puidese imputarse por razón da licenza excepcional previa de funcionamento de instalacións, o uso de produtos sen a marcación CE, en aplicación do artigo 15 do Real decreto 1591/2009, do 16 de outubro, ou das garantías sanitarias non exixidas a un produto será asumida pola Administración xeral do Estado, de acordo coas disposicións aplicables da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, sempre que o dito produto sanitario lle fose entregado ao Ministerio de Sanidade coa finalidade de atender os afectados pola pandemia ocasionada polo COVID-19 ou axudar ao seu control, sen a obtención de ningún tipo de beneficio empresarial por parte da persoa física ou xurídica autorizada para a súa fabricación e posta en funcionamento ou de calquera outras que interveñan nese proceso. As autorizacións que se expidan en aplicación desta orde invocarán expresamente este artigo e deixarán constancia das circunstancias a que se refire este».

En resumidas contas, o Ministerio de Sanidade autoriza a que a Axencia Española de Medicamentos e Produtos Sanitarios outorgue, logo de solicitude do interesado, unha licenza excepcional ou unha modificación provisional e temporal –durante a vixencia do estado de alarma– dunha licenza preexistente para que unha persoa física ou xurídica poida producir máscaras e batas cirúrxicas. En caso de verificación dun dano producido por defectos no dito material sanitario, a Administración xeral do Estado asumiría a responsabilidade patrimonial. Así mesmo, a Administración xeral do Estado responderá sempre que o produto sanitario fose subministrado ao Ministerio de Sanidade co único propósito de atender os afectados pola pandemia ou axudar ao seu control e sen que o produtor ou quen interveña no proceso de produción obtivese algún tipo de beneficio empresarial³.

A orde que é obxecto de estudo é sen dúbida unha resposta a unha situación de absoluta emerxencia, non soamente en España senón en todo o mundo e particularmente en Europa, onde a produción e a exportación do material sanitario necesitaron recorrer a medidas extraordinarias⁴. Evidentemente, a declaración do estado de alarma comporta a adopción de decisións cuxo contido é excepcional e que, neste caso concreto, pode producir consecuencias substancialmente descoñecidas ou pouco predicibles.

Neste sentido, parécenos interesante reflexionar acerca das implicacións que en materia de responsabilidade patrimonial poderían xerarse debido á orde que é obxecto de estudo e que finalmente insta a entender unha *aceptación anticipada* da responsabilidade extracontractual por parte da Administración xeral do Estado.

³ Cfr. punto segundo e punto quinto da Orde SND/326/2020.

⁴ Nun sentido máis amplo, véxase: ARROYO JIMÉNEZ, L. e ELIANTONIO, M., "Masks, gloves, exports licences and composite procedures: Implementing Regulation 2020/402 and the limelight of accountability", *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge Coronavirus Collection, 2020, pp.1-8. DOI 10.1017/err.2020.28.

A análise que pretendemos desenvolver debe abordar unha serie de factores previos que definen o alcance desta orde e que deben servir como antecedentes para entender a dinámica xeradora da responsabilidade patrimonial e a súa posible indemnización, que, no ámbito sanitario, pode chegar a ser de gran calado económico. Noutras palabras, interésanos verificar se, unha vez producido o dano, a actual estrutura da responsabilidade extracontractual pode, efectivamente, facer responsable a Administración xeral do Estado ou se, pola contra, a cuestión formulada na orde pode implicar problemas de aplicación práctica.

2 Obxecto material da orde

Como dicíamos, o anexo da orde SND/326/2020 identifica os produtos sanitarios que poden fabricarse ao abeiro do seu contido. Trátase de máscaras e batas cirúrxicas. Sen meternos excesivamente en cuestións técnico-sanitarias, si é relevante entender a tipoloxía de produto suxeito a fabricación⁵.

As máscaras cirúrxicas son equipos de protección individual (EPI) e a súa función é protexer as vías respiratorias ante a exposición a contaminantes. Están fabricadas cun material filtrante e constan dun *clip* ou adaptador nasal e dunhas gomas ou cintas de suxeición. Trátase de equipos necesarios para a protección respiratoria do usuario fronte a partículas e aerosois líquidos, tales como po, axentes biolóxicos, citostáticos e outros fármacos perigosos. Están deseñadas para filtrar as partículas emitidas polo usuario durante a respiración, impedindo que estas cheguen ao exterior. O seu deseño impide que os axentes infecciosos presentes no tracto respiratorio do usuario cheguen á outra persoa. É importante destacar que estes tipos de máscaras deben ser usadas só o tempo necesario e ser desbotadas ao cambiar de paciente ou actividade. Deben utilizarse como parte dun protocolo de precaución básico, así como naquelas tarefas que poidan xerar salpicaduras ou nebulizacións de sangue, fluídos corporais, secrecións e excrecións⁶.

Así mesmo, resultan eficaces cando quen a leva manteña unha distancia de polo menos un metro do paciente ou usuario⁷.

A bata cirúrxica ou estéril está feita de tea de algodón, cunha abertura posterior e cintas para atar. Componse dun peto, que é dobre para que a transpiración non traspase o grosor da tea. Cada manga pode rematar en puño para facilitar a superposición das luvas á bata. A bata colabora co mantemento da asepsia e actúa como vestimenta de

⁵ Neste ámbito véxase tamén: Regulamento de execución (UE) 2020/402 da Comisión do 14 de marzo de 2020 polo que se supedita a exportación de determinados produtos á presentación dunha licenza de exportación.

⁶ Véxase, por exemplo: CASTILLO, P., "Norma europea de mascarillas quirúrgicas (En 14683: 2005), ¿Cuál es su utilidad práctica para enfermería quirúrgica?", *Revista de la Asociación Española de Enfermería Quirúrgica*, n. 20, 2005, pp. 10-15.

⁷ Existen diversas definicións, aínda que a gran maioría converxen no que resumimos. Para afondar neste tema, consultar: OSAKIDETZA, HOSPITAL UNIVERSITARIO DONOSTIA, UNIDADE BÁSICA DE PREVENCIÓN - SAÚDE LABORAL, *Máscaras*, 2020. Dispoñible en: https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/hd_publicaciones/es_hdon/adjuntos/GuiaSL23c.pdf (Consultado o 14 de abril de 2020). GOBERNO DA RIOXA, RIOXA SAÚDE, *Protección respiratoria: máscaras quirúrgicas y máscaras de protección*, 2020. Dispoñible en: <https://www.riojasalud.es/rrhh-files/rrhh/proteccion-respiratoria-rev-3175.pdf>. (Consultado o 14 de abril de 2020).

protección corporal para a exposición a secrecións, fluídos, tecidos ou material contaminado. Tratándose dun equipo de protección deseñado para as áreas cirúrxicas, a parte dianteira da bata, cintura cara a arriba ata o nivel dos ombros e das mangas ata os codos, considérase área estéril, por iso a bata debe ser desbotable⁸.

Este breve excursio sobre as características do material sanitario que pode ser fabricado ao abeiro da orde deixa patente o gran volume de produtos que os centros sanitarios, e máis concretamente os centros hospitalarios, necesitan para enfrontarse cada día (e cada hora) á pandemia producida polo COVID-19. Só a título de información, e considerando meras noticias xornalísticas, soamente os hospitais da Comunidade de Madrid (epicentro da pandemia española) necesitan dúascentas mil máscaras diarias⁹.

Por iso, España afronta un desabastecemento xeneralizado destes produtos que levou a optar por unha fabricación que polo menos desde o punto de vista teórico parece ser menos restrinxida.

Agora ben, o material sanitario mencionado require certo coñecemento técnico, por básico que isto poida parecer. Trátase de equipos de protección persoal que evidentemente deben cumprir, como mínimo, coa súa función primordial, que é a de protexer a persoa. Esta protección, principalmente, está garantida polo correcto deseño dos equipos, así como polo uso de materiais específicos que permitan a salvagarda da saúde dos usuarios.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 A determinación da responsabilidade extracontractual no ámbito deste estudo

Como é sabido, a Administración pública deberá responder patrimonialmente en caso de provocación dun dano que lle sexa directamente imputable como consecuencia da súa acción ou omisión, e/ou da súa actividade normal ou anormal na prestación dos servizos públicos¹⁰. Tamén a lesión debe responder a determinados requisitos materiais e, particularmente, debe tratarse dun dano antixurídico, efectivo, avaliable e individualizable en relación con persoas ou grupos¹¹. Abundante é a xurisprudencia que se pronuncia neste sentido¹².

A responsabilidade extracontractual atopa, así mesmo, a súa propia localización constitucional. Precisamente, o artigo 106.2 da Constitución española recoñécelles a

⁸ Véxase entre outros: AUXILIAR DE ENFERMARÍA, <https://apuntesauxiliarenfermeria.blogspot.com/2010/11/la-bata-quirurgica.html> (Consultado o 15 de abril de 2020), e INFO CIENCIA Y SALUD, <http://infocienciasyalud.blogspot.com/2012/11/uso-de-la-bata-o-mandilon.html> (Consultado o 15 de abril de 2020).

⁹ LIBERTAD DIGITAL, <https://www.libertaddigital.com/espana/2020-03-20/hospitales-madrid-mascarillas-coronavirus-1276654330/>, 20 de marzo de 2020 (Consultado o 15 de abril de 2020).

¹⁰ Véxase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 15ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 406-414. Neste mesmo sentido pronúnciase o artigo 32.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

¹¹ Véxase ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 296-298. Neste mesmo sentido: GAMERO CASADO, E. e FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 716-718. PITA BRONCANO, C.P., "La responsabilidad patrimonial de la administración", *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 24, 2006, pp. 119-126.

¹² Entre outras véxase: SSTs (3ª) 29 de xaneiro, 10 de febreiro, 9 de marzo e 13 de outubro de 1998.

todos os particulares o dereito a ser indemnizados por toda lesión que poidan sufrir en calquera dos seus bens e dereitos como consecuencia do funcionamento dos servizos públicos e máis precisamente en materia de Administración sanitaria¹³.

Nestes termos, a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, mantivo a regulación da responsabilidade patrimonial da Administración pública establecendo unha responsabilidade xeral e directa que atopa aplicación cando se cumpran os requisitos que exige a norma e se actúe segundo o procedemento previsto na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC)¹⁴. Ademais, as previsións legais previstas na LPAC non rematan no marco da LPAC, senón que a mesma lei, na disposición derradeira décimo quinta, faculta o Consello de Ministros e os ministros de Presidencia e de Facenda e Administracións Públicas a ditar as disposicións regulamentarias necesarias para o seu desenvolvemento¹⁵. Claro está, como sinala Gabriel Doménech Pascual, que as normas identifican dous importantes factores:

«O primeiro é que tales normas xerais son enormemente abertas, ambigüas e pouco precisas, o que nesta materia entraña un inconveniente e unha vantaxe. O inconveniente é que non dan unha resposta específica nin clara ás cuestións que presenta unha crise tan insólita como a que estamos a experimentar, pois non foron pensadas para semellantes situacións, problema que se acentúa precisamente polo feito de que esta crise e as medidas adoptadas para facerlle fronte son tan extraordinarias que resulta sumamente complicado atopar na xurisprudencia dos nosos tribunais sentenzas ditadas en casos análogos que proporcionen unha base firme sobre a que poidamos apoiarnos con seguridade. A vantaxe é que a súa textura aberta lles confire unha enorme flexibilidade e permite adaptalas ás excepciónais circunstancias concorrentes»¹⁶.

Agora ben, no que nos ocupa, parece clara a posición do Ministerio de Sanidade. A Administración xeral do Estado responderá patrimonialmente polas actuacións do fabricante do material sanitario. Indica Moreno Bodes que «A responsabilidade patrimonial da Administración comprende aqueles supostos en que os danos sexan causados directamente polo persoal ao seu servizo¹⁷». A orde non indica ningún tipo de relación (laboral, por exemplo) entre a Administración estatal e o produtor. Neste sentido, a orde subliña a gratuidade da produción. Cabe entón preguntarse de que

¹³ Sobre responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria, pode verse, entre outros, MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000. Sempre do mesmo autor, véxase: "Responsabilidad objetiva vs funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 140, 2008, pp. 629-652. Sobre responsabilidade obxectiva da Administración, pode lerse: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., "La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.

¹⁴ Neste sentido, véxase RIVERA FRADE, M.D., "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en las Leyes 39/2015 y 40/2015. Aspectos sustantivos", *Revista de Asesoría Jurídica Xeral*, n. 7, 2017, p. 71.

¹⁵ Véxase RIVERA FRADE, M.D., "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, vol. 1, n. 58, 2019, p. 366 (Dispoñible en: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i58.55>).

¹⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas), 2020, pp. 104-105.

¹⁷ MORENO BODES, M., "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención en el ámbito sanitario", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 9, 2018, p. 66.

xeito podería configurarse a responsabilidade patrimonial da Administración cando, a pesar da correcta actuación do persoal sanitario, o paciente ou usuario sufra un dano debido ás condicións dos sistemas de protección persoal fabricados no marco da orde ministerial.

A declaración do estado de alarma non deshabilita os criterios clásicos da responsabilidade extracontractual; de feito, a mesma LOREAES, no seu artigo 3.2, establece que: «Os que como consecuencia da aplicación dos actos e disposicións adoptadas durante a vixencia destes estados sufran, de forma directa, ou na súa persoa, dereitos ou bens, danos ou perdas por actos que non lles sexan imputables, terán dereito a ser indemnizados de acordo co disposto nas leis». Neste caso, habería que remitirse á aplicación da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público¹⁸.

Nesta mesma orde de ideas, parece interesante sinalar diversas cuestións. En primeiro lugar: o artigo 36.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, establece que os danos e perdas deben ter sido causados polas autoridades e o persoal ao servizo da Administración pública correspondente e que entón os particulares lle solicitarán a indemnización á devandita Administración. En segundo lugar: aínda que o estado de alarma aparentemente reduce as competencias autonómicas e locais, estas non se anulan. De feito, o mesmo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma, fai fincapé nisto. O artigo 4.3 recoñece determinados ministros como autoridades delegadas; non obstante, circunscribe a súa actividade específica de actuación establecendo que as comunidades autónomas e as entidades locais participan na toma de decisións. Máis concreto e contundente é o artigo 6 do real decreto cando declara que as administracións –sen distinción– manteñen «as competencias que lle outorga a lexislación vixente na xestión ordinaria dos seus servizos para adoptar as medidas que estime necesarias no marco das ordes directas da autoridade competente». Noutros termos, no estado de alarma parece reducirse a rixidez competencial, que finalmente deberá ser resolta mediante o principio de prevalencia¹⁹ e que no caso da responsabilidade patrimonial parece admitir certa concorrencia. Así se pronuncia, por exemplo, Santaella Sáez admitindo que: «Neste caso, a asunción de competencias das comunidades autónomas faría que fosen estas as que terían a lexitimación pasiva para soportar esta responsabilidade, aínda que, dada a declaración do estado de alarma por parte do Estado e conseguinte exercicio de funcións derivadas da centralización de medidas neste ámbito, podería facer que tivese tamén responsabilidade, podendo falar, se é o caso, dunha responsabilidade concorrente de conformidade co artigo 33 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público»²⁰.

¹⁸ Véxase GONZÁLEZ LÓPEZ, J., "Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma: naturaleza jurídica, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial", *Gabílex*, n. 2 (extraordinario), 2020, p. 38.

¹⁹ Neste sentido pode verse: VELASCO CABALLERO, F., "Estado de alarma y distribución territorial del poder", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas), 2020, pp. 80-82. Así mesmo, o autor pronunciou-se no mesmo sentido na xornada dixital organizada o 16 de abril de 2020, polo *Regulation and Digital Innovation Research Group* de la Universidad de Valencia titulada: *El Derecho Público ante la crisis del COVID-19: "Derecho constitucional"*.

²⁰ SANTAELLA SÁEZ, Ó., "La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus", *Diario La Ley*, n. 9613, Sección Tribuna, 15 de abril de 2020.

Así que, aínda que a orde que é obxecto desta análise atinxe á responsabilidade patrimonial da Administración xeral do Estado pola fabricación dun produto defectuoso, non podemos descartar que, debido ao desenvolvemento do evento danoso derivado do uso do dito produto, tamén sexa necesario considerar a intervención das administracións autonómicas e locais que finalmente lles distribúen o material sanitario aos usuarios e que poderían verse implicadas na valoración do nexos de causalidade.

Como dixemos, o produto defectuoso asume un importante papel que permite determinar a responsabilidade extracontractual da Administración pública. Desde o punto de vista xurisprudencial e só a título de exemplo –entre outros–, cabe sinalar a Sentenza do Tribunal Supremo 3488/2002, do 15 de maio. Trátase «dun menor de idade que, sometido a unha cirurxía abdominal de apendicite, tras un postoperatorio normal pasa á unidade de enfermaría onde ás vinte e catro horas do mesmo día se lle ve no abdome unha zona como a palma da man de vesículas cheas de pus, por queimadura polo iodo que lle puxeron, con queimadura nas costas por gotas que lle caeron» (FX 2º). O tribunal condena o órgano do Servizo Valenciano de Saúde, adscrito á Consellería de Sanidade da Generalitat Valenciana, a indemnizar a familia do menor, considerando a entidade «como responsable directa do funcionamento que se produciu, que pode considerarse anormal e reprochable, xa que a tintura de iodo tiña unha concentración máis elevada do normal, unida ao factor lumínico calorífico da lámpada de quirófano» (FX 5º). En definitiva, o tribunal admite a defectuosidade do material sanitario, o iodo, presumindo de feito o nexos de causalidade como elemento, neste caso, de produción dun dano desproporcionado.

3.1 Determinación do nexos de causalidade

Agora ben, un elemento básico da responsabilidade é demostrar o elemento causal que une unha acción ou omisión coa provocación do dano que, en determinadas ocasións e no ámbito xudicial, dificulta a demostración da conexión causal entre o dano producido e o feito axuizado²¹.

Como sinala Manuel Rebollo Puig, é necesario verificar se, en presenza das debidas precaucións, o dano se tería podido evitar²². Esta posición foi avalada por distintas resolucións xudiciais. Por exemplo, o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, Sec. 4ª, Sentenza n. 1137/2004, do 11 de novembro (Ar. Xur. 2005/6712), establece:

«(...) o exame da relación de causalidade inherente a todo caso de responsabilidade extracontractual, debendo subliñarse: a) Que entre as diversas concepcións conforme as cales a causalidade pode concibirse, se impoñen aquelas que explican o dano pola concorrencia obxectiva de factores cuxa inexistencia, en hipótese, tivese evitado aquel. b) Non son admisibles, en consecuencia, outras perspectivas tendentes a asociar o nexos de causalidade co factor eficiente, preponderante, socialmente axeitado

²¹ Véxase: MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Editorial Civitas, Madrid, 2019.

²² Neste sentido, aínda que dunha forma máis precisa, pronunciouse REBOLLO PUIG, M., *Ponencia dictada en el Seminario de Doctorado de la Universidad de Cádiz*, o 7 de novembro de 2019.

ou exclusivo para producir o resultado danoso, posto que –válidas como son noutros terreos– irían neste en contra do carácter obxectivo da responsabilidade patrimonial das administracións públicas».

No caso que nos ocupa, a valoración do nexos de causalidade debería ser investigado no ámbito da produción do dano como consecuencia do mal funcionamento do material sanitario entregado polo particular, que, fabricado sen as debidas garantías, podería producir a responsabilidade da Administración xeral do Estado. Precisamente debido ao respecto necesario de certas condicións técnicas, o nexos de causalidade parece desbordarse do ámbito xurídico ao científico²³.

Por iso, habería que considerar a responsabilidade administrativa nas relacións de especial suxeición, nas cales os particulares teñen dereito a ser indemnizados polas administracións públicas como consecuencia das lesións que poidan sufrir en calquera dos seus bens ou dereitos cando aqueles exercen as funcións propias do seu cargo, ou, pola contra, ao asumir voluntariamente os riscos inherentes ao servizo público concreto que prestan. Aínda que a xurisprudencia adoita considerar este tipo de responsabilidade supondo unha acción ou omisión do funcionario ou empregado público que representa á Administración, é certo que o Ministerio de Sanidade, mediante a orde, asume voluntariamente os riscos propios dunha posible produción ineficaz²⁴.

Claro está que neste contexto deberá predominar o estudo da *lex artis* dos usuarios e/ou dos sanitarios que entregan ou utilizan o material sanitario. Non se trata, polo tanto, de verificar só se as máscaras e as batas cirúrxicas non presentan defectos de fabricación, senón que será tamén necesario comprobar se o material foi utilizado correctamente. No primeiro caso (mal funcionamento), o nexos de causalidade podería producir a responsabilidade patrimonial. No segundo caso, como pode deducirse, o dano sería privado daquel nexos de causalidade que provocaría a responsabilidade total da Administración pública ou que, en todo caso, presentaría as características dunha corresponsabilidade na provocación do dano a través da participación do usuario particular cuxa colaboración podería ser considerada relevante e determinante²⁵.

4 A concorrencia na causación do dano

Nesta orde de ideas e segundo o que podemos achegar, parece asomarse ao debate a posibilidade de que a orde ministerial xere unha concorrencia entre administracións na causación do dano, así como entre a Administración estatal, protagonista da orde ministerial e a entidade produtora do material sanitario. Isto débese principalmente á dificultade de establecer con seguridade se o dano sufrido polo particular se debe ao incorrecto uso dos equipos de protección individual, ao mal funcionamento dos equipos producidos ou á falta de vixilancia por parte da autoridade competente durante

²³ Véxase GONZÁLEZ PELLICER, J.M., "¿Casualidad o causalidad?", *Revista de Derecho UNED*, n. 16, 2015, pp. 365-382.

²⁴ En materia de asunción voluntaria dos riscos, véxase: Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 6ª, Sentenza do 14 de outubro de 2004 (EDX 152785), Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª, Sentenza do 19 de abril de 1997, recurso n. 1075/1992.

²⁵ Neste sentido, véxase: RUIZ DÍAZ, V.E., "Responsabilidad patrimonial: la ruptura del nexos causal. La intervención de la vítima en la produción del daño", *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 4, abril, 2019, pp. 99-109.

a produción do material. Este escenario podería determinar unha responsabilidade mancomunada, concorrente, unha tipoloxía de responsabilidade que, polo menos entre administracións, está prevista no artigo 33 da Lei 40/2015: «Cando da xestión dimanante de fórmulas conxuntas de actuación entre varias administracións públicas derive responsabilidade nos termos previstos nesta lei, as administracións intervinientes responderán fronte ao particular, en todo caso, de forma solidaria. O instrumento xurídico regulador da actuación conxunta poderá determinar a distribución da responsabilidade entre as diferentes administracións públicas».

Agora ben, entre distintas administracións, o núcleo fundamental da responsabilidade concorrente é a existencia do instrumento regulador; así o establece a norma. Non obstante, a lei non entra no quid das características do convenio regulador. Sen outras indicacións técnico-xurídicas e empregando quizais a lexislación civil como o principal apoio, debemos entender que o estatuto regulador consiste nun documento en que as administracións implicadas pactan distintos aspectos da responsabilidade extracontractual pola que poderían responder. A orde ministerial obxecto deste estudo non parece introducir ningún tipo de detalle que, aínda que sexa de forma axiolóxica, determine que poida considerarse como un instrumento regulador.

Distinto, ao noso xuízo, podería ser o caso da responsabilidade patrimonial concorrente entre a Administración xeral do Estado e quen produce o material sanitario en obxecto. O mero feito de que o Ministerio de Sanidade dite unha orde excluindo certas praxes de profesionalidade que, en condicións normais, serían necesarias parece convertelo en copartícipe na produción do dano se é que finalmente o produtor fabrica un produto que non protexe como é debido. Noutras palabras, é complicado individualizar a responsabilidade. Parece crearse unha espiral na cal a Administración estatal podería culpar o fabricante pola incorrecta construción, así como o produtor inculpar á Administración por permitir a fabricación segundo regras máis laxas. Aquí podería actuar a responsabilidade concorrente dalgunha forma extralimitada debido a que unha das partes sería un particular.

5 Breves reflexións conclusivas

Cómpre sinalar que a orde que foi obxecto deste estudo se desenvolve nun estado de excepcionalidade social. A iso debemos sumar o descoñecemento, en todos os sectores, que produce a declaración do estado de alarma. Á marxe da situación de emerxencia, parece que a atribución da responsabilidade patrimonial á Administración xeral do Estado debe buscarse nos instrumentos xurídicos ordinarios.

A estrutura da responsabilidade extracontractual da Administración pública responde ao crecemento das achegas da doutrina e da xurisprudencia administrativa.

Polo exposto neste estudo, a responsabilidade patrimonial prevista na Orde SND/326/2020 parece ser programática, xerando certas dificultades na interpretación da responsabilidade extracontractual administrativa comunmente aceptada.

A declaración previa de asunción da responsabilidade patrimonial xera dúbidas razoables. As administracións públicas (e evidentemente tamén a Administración

xeral do Estado), no ámbito da responsabilidade patrimonial, non deben perder de vista a súa función principal, que é a de actuar polo interese xeral. Como é natural, deben responder patrimonialmente cando causan un dano, pero así mesmo deben protexer a colectividade do exceso de responsabilidade.

Non obstante, no caso de aceptar a visión da orde, aínda así, a imputación da responsabilidade patrimonial á Administración xeral do Estado podería atopar certos límites. As circunstancias que producirían esta responsabilidade deberían enfrontarse principalmente a comprobar cal Administración pública debería responder. As administracións públicas territoriais seguen exercendo as súas competencias malia a declaración do estado de alarma e é no seo delas onde o usuario/paciente podería verse lesionado.

En definitiva, o que nos parece claro é que a Administración xeral do Estado non respondería en solitario polos danos ocasionados, como, en cambio, parece introducir o contido da orde. Estaríamos ante unha responsabilidade patrimonial concorrente atípica que finalmente desembocaría nunha responsabilidade solidaria entre distintos implicados.

Na nosa opinión, a declaración do estado de alarma, que dá orixe á orde que analizamos, non pode ser considerada como un *salvoconduto* que permite calquera actuación nin sequera por parte de quen a decreta. De feito, a mesma Lei orgánica 4/1981 é necesaria para delimitar *que facer* durante unha situación excepcional. A estrutura xurídica dun país, con máis ou menos axustes, debe manterse a pesar dunha determinada situación, por complicada que esta poida resultar.

No caso que nos ocupa, tratándose dunha medida que ten a finalidade de atender os afectados pola pandemia ou axudar no seu control, trátase de extremar as precaucións e non de dar unha resposta económica ao que pode ter só unha resposta xurídica.

Bibliografía esencial

- ARROYO JIMÉNEZ, L. e ELIANTONIO M., “Masks, gloves, exports licences and composite procedures: Implementing Regulation 2020/402 and the limelight of accountability”, *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge Coronavirus Collection, 2020. DOI 10.1017/err.2020.28.
- AUXILIAR DE ENFERMERÍA, <https://apuntesauxiliarenfermeria.blogspot.com/2010/11/la-bata-quirurgica.html> (Consultado o 15 de abril de 2020).
- CASTILLO, P., “Norma europea de mascarillas quirúrgicas (En 14683: 2005), ¿Cuál es su utilidad práctica para enfermería quirúrgica?”, *Revista de la Asociación Española de Enfermería Quirúrgica*, n. 20, 2005.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas), 2020.
- ESCALERA IZQUIERDO, G., *Marcado CE: un elemento de integración para la empresa globalizada*, Luna Publicaciones, Madrid, 2001.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GAMERO CASADO, E. e FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 15ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GOBIERNO DE LA RIOJA, RIOJA SALUD, *Protección respiratoria: mascarillas quirúrgicas y mascarillas de protección*, 2020. Disponible en: <https://www.riojasalud.es/rrhh-files/rrhh/proteccion-respiratoria-rev-3175.pdf> (Consultado o 14 de abril de 2020).
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J., “Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma: naturaleza jurídica, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial”, *Gabilex*, n. 2 (extraordinario), 2020.
- GONZÁLEZ PELLICER, J.M., “¿Casualidad o causalidad?”, *Revista de Derecho UNED*, n. 16, 2015.
- INFO CIENCIA Y SALUD, <http://infocienciasyalud.blogspot.com/2012/11/uso-de-la-bata-o-mandilon.html> (Consultado o 15 de abril de 2020).
- LIBERTAD DIGITAL, <https://www.libertaddigital.com/espana/2020-03-20/hospitales-madrid-mascarillas-coronavirus-1276654330/>, 20 de marzo de 2020 (Consultado o 15 de abril de 2020).
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Editorial Civitas, Madrid, 2019.
- MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- MIR PUIGPELAT, O., “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 140, 2008.
- MOLINA MIRANDA, A. e JUBERÍAS SÁNCHEZ, A., “Concepto de producto sanitario y su inclusión entre los productos de consumo”, Juberías Sánchez, A. (coord.), *Medicamentos, productos sanitarios y protección del consumidor*, Editorial Reus, Madrid, 2018.
- MORENO BODES, M., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención en el ámbito sanitario”, *Cadernos de Dereito Actual*, n. 9, 2018.
- OSAKIDETZA, HOSPITAL UNIVERSITARIO DONOSTIA, UNIDAD BÁSICA DE PREVENCIÓN-SALUD LABORAL, *Mascarillas*, 2020. Disponible en: https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/hd_publicaciones/es_hdon/adjuntos/GuiaSL23c.pdf (Consultado o 14 de abril de 2020).
- PITA BRONCANO, C.P., “La responsabilidad patrimonial de la administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 24, 2006.
- REBOLLO PUIG, M., *Ponencia dictada en el Seminario de Doctorado de la Universidad de Cádiz*, o 7 de novembro de 2019.

- RIVERA FRADE, M.D., “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en las Leyes 39/2015 y 40/2015. Aspectos sustantivos”, *Revista de Asesoría Xurídica Xeral*, n. 7, 2017.
- RIVERA FRADE, M.D., “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, vol. 1, n. 58, 2019 (<https://doi.org/10.36402/regap.v1i58.55>).
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018.
- RUIZ DÍAZ, V.E., “Responsabilidad patrimonial: la ruptura del nexo causal. La intervención de la víctima en la producción del daño”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 4, abril, 2019.
- SANTAELLA SÁEZ, Ó., “La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus”, *Diario La Ley*, n. 9613, Sección Tribuna, 15 de abril de 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas), 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., *El Derecho Público ante la crisis del COVID-19: “Derecho constitucional”*, Jornada digital organizada por el *Regulation and Digital Innovation Research Group* de la Universidad de Valencia, o 16 de abril de 2020.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 02/07/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4566>

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Participación das administracións municipais no financiamento dos centros de día e escolas infantís xestionados pola comunidade autónoma. Vixencia dos convenios anteriores á Lei 27/2013. 1.2 Adquisición de bens polas corporacións locais. Taxación inxustificada. Irrelevancia de informes emitidos por persoal eventual. Execución plurianual. 2 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19). 2.1 Limitacións ao dereito de manifestación. Natureza xurídica do real decreto que declarou o estado de alarma. 2.2 Medidas sanitarias restritivas de dereitos fundamentais. Illamento forzoso de enfermo de coronavirus. 2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia da xurisdición social. Inexistencia de vía de feito e de lexitimación activa. Inadecuación de procedemento. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Nulidade de plan xeral por omisión de informe sectorial de telecomunicacións. 3.2 Omisión de informe de impacto de xénero na tramitación dun plan xeral. 3.3 Caducidade de licenzas urbanísticas. 4 Persoal. 4.1 Cesamento de funcionario interino. Inaplicabilidade analóxica do Estatuto dos traballadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por ano de servizo. 4.2 Compatibilidade da oferta de emprego público da Xunta de Galicia coa obriga de redución do emprego temporal. Transformación de prazas de laborais en funcionarios. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 A presentación do escrito inicial de interposición do recurso contencioso interrompe o prazo establecido para recorrer, aínda que presente defectos formais. 5.2 Lexitimación de asociación ecoloxista para exixir a declaración de caducidade de concesións en dominio público marítimo-terrestre. 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Pola anulación xudicial de licenza urbanística. Determinación do dano moral. 7 Tributos. 7.1 Imposto de bens inmobles. Procedemento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exencións. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública. 7.2 Taxas imputables aos concellos por ocupación do dominio público portuario con vías de uso xeral. 8 Turismo. 8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporais. Prohibición de cesión por cuartos. 8.2 Declaración de zona de grande afluencia turística. Compatibilidade de limitacións

horarias e comerciais coa Directiva de servizos. 9 Universidades. 9.1 Prelación para a elección de docencia do profesorado contratado doutor sobre o funcionario non doutor. 9.2 Estatuto do persoal investigador predoutoral en formación.

1 Administración local

1.1 Participación das administracións municipais no financiamento dos centros de día e escolas infantís xestionados pola comunidade autónoma. Vixencia dos convenios anteriores á Lei 27/2013

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 6 de febreiro de 2020 (rec. 4050/2019, relator: Díaz Casales) desestima o recurso interposto por un concello contra as liquidacións que lle xirou o Consorcio Galego de Servizos de Igualdade e Benestar da Xunta de Galicia para o cofinanciamento da actividade dos centros de día de titularidade autonómica radicados no seu termo municipal. O concello, que se vinculara ao Consorcio mediante un convenio suscrito no ano 2007, sostiña a súa perda de vixencia tras a reforma do réxime local operada pola Lei 27/2013, do 27 de decembro. O tribunal galego conclúe non obstante o contrario, coas seguintes consideracións:

«(...) No fondo da cuestión suscitada latexa un argumento moi básico por parte do concello recorrente, como é que en atención á aparente redución da competencia municipal en materia de servizos sociais, operada pola Lei 27/2013 de racionalización e sustentabilidade da Administración local, o concello non estaría obrigado a atender as liquidacións xiradas, como facía con anterioridade baseándose nos referidos convenios, porque a competencia municipal se tería visto reducida de xeito drástico respecto dos servizos sociais e os propios convenios suscritos con anterioridade terían quedado sen efecto por disposición legal a partir de 31 de decembro de 2014.

Unha conclusión tan radical merece que transcribamos os preceptos en que se ampara, porque certamente a conclusión que alcanza o letrado consistorial resulta, en principio, axustada aos termos das disposicións legais, son os seguintes:

Art. 1 da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local.

Art. 25 LBRL

2. O municipio exercerá en todo caso como competencias propias, nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas, nas seguintes materias:

e) Avaliación e información de situacións de necesidade social e a atención inmediata a persoas en situación ou risco de exclusión social.

Disposición adicional novena. Convenios sobre exercicio de competencias e servizos municipais.

1. Os convenios, acordos e demais instrumentos de cooperación xa suscritos, no momento da entrada en vigor desta lei, polo Estado e as comunidades autónomas con toda clase de entidades locais, que leven consigo calquera tipo de financiamento destinado a

sufragar o exercicio por parte destas últimas de competencias delegadas ou competencias distintas ás enumeradas nos artigos 25 e 27 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, deberán adaptarse ao previsto nesta lei en 31 de decembro de 2014. Transcorrido este prazo sen se teren adaptado, quedarán sen efecto.

Pero, se estas disposicións estatais non resultaban de seu suficientes, o lexislador autonómico ratificou o mandato ao promulgar a Lei 5/2014, do 27 de maio, de medidas urxentes derivadas da entrada en vigor da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, na cal se prevé:

Disposición adicional terceira: Adaptación ao réxime da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, dos convenios, acordos e demais instrumentos de cooperación xa subscritos.

1. A adaptación ao réxime da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, dos convenios, acordos e demais instrumentos de cooperación xa subscritos no momento da entrada en vigor desa lei pola Comunidade Autónoma de Galicia con toda clase de entidades locais que leven consigo calquera tipo de financiamento destinado a sufragar o exercicio por parte destas últimas de competencias delegadas ou competencias distintas das atribuídas como propias pola lexislación do Estado ou da comunidade autónoma, deberá producirse a 31 de decembro de 2014. Transcorrido este prazo sen se teren adaptado, quedarán sen efecto.

Malia o aparente axuste da formulación da demanda á letra destas disposicións, a conclusión defendida polo letrado consistorial non pode ser compartila en atención aos reiterados pronunciamentos do T.C. acerca do alcance da Lei 27/2013, que sosteñen que o art. 25 da LBRL –na súa nova redacción– establece un marco mínimo da autonomía local constitucionalmente garantida pero que corresponde á normativa sectorial ditada polo Estado ou da comunidade autónoma correspondente, segundo quen resulte competente, a determinación das competencias municipais sempre, claro está, respectando ese mínimo establecido na Lei de bases de réxime local. O T.C., cuxa doutrina resulta vinculante a todos os órganos xurisdiccionais conforme o art. 5 da LOPX, pronúnciase nos seguintes termos: St. T.C. (Pleno) 101/2017 do 20 de xullo (...) St. T.C. (Pleno) 93/2017 do 6 de xullo (...). St. T.C. 41/2016 do 3 de marzo (...).

Pois ben, de tan longas citas xurisprudenciais, debemos concluír que a competencia municipal en materia de servizos sociais non vén determinada pola literalidade do art. 25.2 na redacción dada pola Lei 27/2013, como defendeu o letrado consistorial, senón polo que estableza a normativa sectorial da Administración territorial competente e, neste caso, está claro que a competencia en materia de servizos sociais foi asumida en exclusiva pola comunidade autónoma conforme o número 23 do art. 27 do Estatuto de autonomía, e a Lei 13/2008 de servizos sociais claramente atribúe aos entes locais os servizos sociais comunitarios, tanto básicos como específicos (...).

Do anterior debemos concluír que as liquidacións xiradas pola Xunta de Galicia non incorren nas causas de nulidade denunciadas polo Concello de Vigo, dado que se trata de asumir o financiamento duns servizos atribuídos pola lexislación autonómica aos entes locais e para a prestación da cal se optou por fórmulas de cooperación, por iso quedaban excluídos da previsión contida tanto na disposición adicional 9 da Lei 27/2013, como



expresivamente se advertía na disposición adicional 3 da Lei 5/2014 ao conter a mención “... destinada a sufragar o exercicio por parte destas últimas de competencias delegadas ou competencias distintas das atribuídas como propias pola lexislación do Estado ou da comunidade autónoma...”.

Neste caso trátase de competencias atribuídas como propias aos entes locais pola lexislación autonómica, recórdese o que sinalou o T.C. no último parágrafo da última sentenza transcrita:

“As comunidades autónomas, sendo competentes para regular aqueles servizos sociais e sanitarios, son competentes para decidir –con suxeición ao indicado marco de límites– sobre a súa descentralización ou centralización e, neste segundo caso, para ordenar o correspondente proceso de asunción competencial e traspaso de recursos”.

Por iso se impón a desestimación do primeiro dos motivos de impugnación.

SEXTO. – Sobre o establecemento de achegas por parte do concello a unha competencia autonómica.

Do anteriormente resolto en relación coa necesidade de que sexan as leis sectoriais as que determinen as competencias das entidades locais, xa determina o decaemento do segundo dos motivos de impugnación porque, debemos reiterar, contrariamente ao que mantén na demanda, non se trata dunha competencia a prestar pola Xunta de Galicia e de que o art. 68 da Lei 2/2017 estableza unha fórmula de financiamento polas entidades locais a servizos que ha de prestar a Xunta, senón que esta, posuíndo a súa titularidade, ten a facultade de llela atribuír aos entes locais, sen prexuízo de articular fórmulas de colaboración que garantan a sustentabilidade financeira dos entes locais e, a prol da eficiencia e eficacia, evitar a duplicidade en ámbitos coincidentes.

Polo anterior, debemos concluír que o art. 69 da Lei 2/2017 de medidas fiscais, administrativas e de ordenación non estable[ce] unha delegación ou atribución de competencias aos entes locais, senón que en relación coas competencias en materia de prestacións sociais determina a posibilidade de que os concellos opten por manter o réxime de financiamento que viñan observando conforme os convenios subscritos ou ben acollerse ao novo que establece, permitindo que o fagan con carácter retroactivo, coa posibilidade dunha redución do 50% das cotas e un aprazamento de 5 anos (...).

Polo que en definitiva decae o defendido polo concello de que esta norma impoña unha atribución competencial á marxe da voluntariedade dos entes locais ou obrigue estas a axudar a prestacións que deba asumir a comunidade autónoma creando unha fórmula para a obtención dun ingreso non previsto, senón que se trata de articular unha fórmula que permita determinar a contribución de cada Administración na prestación de servizos realizados mediante fórmulas de cooperación interadministrativa».

1.2 Adquisición de bens polas corporacións locais. Taxación inustificada. Irrelevancia de informes emitidos por persoal eventual. Execución plurianual

A Sentenza do TSXG do 3 de febreiro de 2020 (rec. 7115/2019, relator: Fernández López) confirma a anulación da compra por unha deputación provincial dos arquivos dun

xornal local por 2.700.000 euros, mediante pagamento aprazado por tres anualidades, por non se ter xustificado suficientemente a súa taxación:

«(...) como ben indicou a sentenza apelada, as únicas intervencións útiles que se produciron nas actuacións preparatorias e determinantes para adquirir o arquivo histórico do diario partiron dun empregado público que tiña a condición de persoal eventual, polo que as súas atribucións non podían ser de xestión ordinaria de asuntos públicos, reservadas aos funcionarios provinciais, senón de mero asesoramento da autoridade que o nomeou, de acordo cos preceptos que, con acerto, reproduciu a xulgadora de instancia; nese mesmo sentido pronúnciase a STS de 25.11.19, que lembra que, a teor do establecido no artigo 12 do Texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, aprobado polo Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, o persoal eventual “só realiza funcións expresamente cualificadas” como de confianza ou asesoramento especial”. Por outra banda, non se pode esquecer que, tras solicitar ese asesor dos servizos internos un informe acerca de se existía no cadro de persoal provincial persoal técnico cualificado para taxar os bens a adquirir, e serlle respondido que non os había, propuxo contratar uns servizos externos para valoralos para, ao final, discrepar do seu resultado, para fixar como orzamento de adxudicación un inferior sen sustento en proba pericial ningunha. Por iso, ten que compartir esta sala o reproche de ilegalidade que, ao respecto, fixo a xulgadora de instancia, aínda que ao final non chegase a valorar a proba practicada en xuízo que, como se anticipou, era inútil e impertinente.

E iso era así porque non se fiscalizaba nesa vía xurisdiccional nin a adxudicación do contrato de servizos para taxar o arquivo histórico do diario ourensán nin tampouco o seu resultado, senón a resolución presidencial que adxudicou o contrato para adquirir tales fondos, para o que un dato de relevo foi a fixación dun valor estimado do contrato que non se ativo á regra de atender ao valor de mercado que impón o artigo 88 do TRLCSP (aínda que resulta discutible se neste caso se tiña que aplicar o imposto sobre o valor engadido previsto en tal precepto, ou o máis correcto de transmisións patrimoniais –consulta vinculante da Dirección Xeral de Tributos V2170-17, do 22.08.17–), pois ao final fixouse no importe que cifrou o asesor de Política Cultural, totalmente carente de xustificación, e máis aínda cando se separou notablemente e sen motivación do cifrado pola empresa contratada para o efecto.

Así é, porque aínda que, como se acaba de indicar, o artigo 25.1 do TRLCSP permite a liberdade de pactos, iso só é posible cando o que se pacte non sexa contrario ao ordenamento xurídico, o que supón respectar as normas substantivas e procedementais establecidas. Ao respecto non se pon en dúbida que o presidente provincial era o órgano competente tanto para decidir contratar o servizo de taxación previo como para adquirir despois os fondos do arquivo histórico, a teor do establecido no punto 1 da disposición adicional segunda do TRLCSP, pero iso non o facultaba para prescindir dos trámites impostos nese texto legal, que si foron observados no que alcanzaba aos trámites formais establecidos nos seus artigos 109 e 110, pero non no que alcanzaba ao valor estimado do contrato establecido de forma inmotivada e inxustificada. Por outro lado, xa que o obxecto do contrato era un dos previstos no artigo 170.d) do TRLCSP (como citou con acerto a base 1ª dos pregos reitores), non procedía promover concorrencia competitiva ningunha (artigos 169.2 e 177), de xeito

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que era correcto utilizar o procedemento negociado sen publicidade; non obstante, unha cousa é que se exclúe a publicidade e outra distinta é que non se negociase nada, posto que o característico de tal procedemento é, precisamente, a negociación (artigo 180.4), que neste caso está ausente, pois nada consta en tal sentido no expediente administrativo, ben que neste punto nada se reprochou na vía xurisdiccional.

CUARTO. – O que si se formulou é se a forma de pagamento en tres anualidades era correcta, ao tratarse de pagamentos parciais por realizar entregas parciais, ou, pola contra, se non o era, ao tratarse dun sistema de pagamento aprazado, prohibido tanto no artigo 87.7 do TRLCSP como no punto 13 da súa disposición adicional segunda (salvo que se estivese en presenza dun arrendamento financeiro, de arrendamento con opción de compra ou da adquisición de bens inmobles).

Pois ben, neste caso comparte esta sala a conclusión a que chegou a xulgadora de instancia, no punto relativo a que non se xustificou nin motivou que concorrese ningún dos supostos que permiten acudir ao gasto plurianual a que se refire o artigo 174 do Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, en especial o previsto no seu punto 2.b), que o permite no caso de contratos de subministración, pero sempre “que non poidan ser estipulados ou resulten antieconómicos por un ano”, xa que non se xustificou. Pero o que non se comparte é que a división do pagamento en tres anualidades non estaba xustificada, en razón a que as entregas parciais non estaban previstas nin nos pregos nin no contrato, pois esquecese que a base 4ª de tales pregos, relativa á duración do contrato, non establecía que era de tracto único, senón que se executaría en tres anos, de modo que as entregas serían producidas por terceiras partes nos anos 2017, 2018 e 2019, como así se fixo no primeiro deses exercicios, segundo fixo constar na acta de recepción parcial subscriba o 26.05.17, que foi o mesmo día en que se adxudicou e subscribiu o contrato.

Con todo, o sentido estimatorio da sentenza obxecto de apelación ten que ser confirmado».

2 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19)

2.1 Limitacións ao dereito de manifestación. Natureza xurídica do real decreto que declarou o estado de alarma

O TSXG, na súa Sentenza do 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso interposto pola Central Unitaria de Traballadores (CUT) contra a resolución dunha subdelegación do goberno que prohibiu a manifestación convocada para o 1 de maio (Día da Clase Traballadora) na cidade con maior poboación de Galicia, por causa do estado de alarma establecido mediante o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, no contexto da crise sanitaria da pandemia de coronavirus (COVID-19). A CUT interpuxo un recurso de amparo contra esta sentenza ante o Tribunal Constitucional, que resultou rexeitado mediante un extenso Auto con

data do 30 de abril de 2020 (rec. 2056/2020). A sentenza do TSXG efectúa as seguintes consideracións de interese:

«(...) a confusa e defectuosa redacción da resolución da subdelegación do Goberno pode xerar certa incerteza, pois, antes do contido propiamente decisorio, no seu primeiro parágrafo fai constar que, ante a situación de emerxencia sanitaria, non pode trasladar un criterio sobre a celebración da manifestación, co que parece deixar á marxe que, conforme o artigo 43.2 da Constitución española, os poderes públicos están obrigados a tutelar a saúde pública a través de medidas preventivas, máxime nunha situación de emerxencia sanitaria derivada dunha pandemia que chegou a ser cualificada nos medios de comunicación como a máis grave no último século (...). [Non obstante] sen que sexa un modelo a seguir, si se desprende do seu contido unha básica fundamentación e unha motivación, pois, en definitiva, nela expóñense as razóns nucleares para considerar que non pode levarse a cabo a manifestación (...). Vén pór de manifesto, pois, que os desprazamentos en vehículos co obxectivo de manifestarse, como os pretendidos polos recorrentes, son incompatibles coa norma en que se declarou o estado de alarma, de xeito que, ante a emerxencia sanitaria que o provocou, aquela manifestación podería dar lugar a unha desproporcionada perturbación doutros bens ou dereitos protexidos pola nosa Constitución, neste caso a saúde pública, o que, como vimos, está recoñecido na doutrina do Tribunal Constitucional (...).

Achácaselle así mesmo que se ditou sen procedemento, pero acudindo aos artigos 9 e 10 da Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, compróbase que, tras a comunicación da manifestación polos organizadores ou promotores desta, sen necesidade doutro trámite debía pronunciarse a Subdelegación do Goberno (...), aínda que neste caso non tería estado de máis que a Subdelegación do Goberno lle solicitase un informe á Delegación de Sanidade para atopar apoio sanitario á decisión adoptada (...).

O teor literal do artigo 7.2 do RD 463/2020 é claro, e evidentemente a celebración dunha manifestación, formando caravana a bordo de vehículos, conmemorativa do día 1 de maio como día da clase traballadora, non se atopa entre as ditas actividades, polo que a aplicación daquel precepto outorga título xurídico para a resolución ditada.

A alegación do actor implica unha petición de que para a celebración da manifestación do 1 de maio deixe de aplicarse aquela norma de carácter xeral (o RD 463/2020), a pesar de que non cabería o control dela por esta xurisdición contencioso-administrativa debido a que debe atribuírselle o rango normativo dunha lei, tal como declarou a Sentenza do Tribunal Constitucional 83/2016, do 28 de abril [recollendo doutrina do Auto previo do mesmo Tribunal Constitucional 7/2012, do 13 de xaneiro], ao decidir o recurso de amparo, formulado fronte ao Auto da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 30 de maio de 2011, que declarou a inadmisión do recurso contencioso-administrativo promovido por 327 controladores de tráfico aéreo con ocasión do estado de alarma declarado en decembro de 2010. Na dita sentenza argumentouse que, malia que formalmente se trata dun real decreto, ou que declara o estado de alarma materialmente ten valor ou rango de lei, e por iso non é fiscalizable por esta xurisdición (...). Polo tanto, só cabería a impugnación do RD 463/2020 ante o Tribunal Constitucional, non sería posible nin sequera a impugnación indirecta (...).

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Tampouco esta sala ve méritos para presentar unha cuestión de inconstitucionalidade, nin observa ningunha irregularidade nesa aplicación do RD 463/2020, porque, malia que incuestionablemente o estado de alarma é o de menor intensidade dos recollidos no artigo 116 da Constitución española e na Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio, o caso presente, estando previsto no artigo 4.b desta última norma (“Crisis sanitarias, tales como epidemias e situacións de contaminación graves” que supoñan alteracións graves da normalidade), é o máis grave dos imaxinables, pois tivo lugar por mor dunha situación de emerxencia de saúde pública provocada por unha pandemia internacional, así declarada pola Organización Mundial da Saúde o pasado 11 de marzo de 2020, cuxa evolución provocou un gran número de falecidos, que se contan por miles, hospitalizados con patoloxías graves e afectados (feitos de notoriedade absoluta e xeral que non precisan proba: artigo 281.4 da Lei de axuízamento civil), o cal obrigou a adoptar medidas preventivas, debido a que a expansión da pandemia xera un extraordinario risco para os dereitos dos cidadáns, comezando polo máis prezado, que é o dereito á vida.

Na ponderación de bens xurídicos en presenza, a sala non pode permanecer allea á enorme magnitude dos efectos que provocou a dita pandemia, ao ser de notoriedade pública e xeral a gran cantidade de falecidos, hospitalizados e afectados a que deu lugar, polo que non pode subtraerse ás traxedias que mostran cada día os medios de comunicación, percibindo dese xeito o monumental golpe que o COVID-19 lle asestou á saúde pública española, á marxe dos efectos de todo tipo que derivarán no futuro.

Ese risco para a saúde pública, concretado na constante perda da vida de miles de cidadáns e a necesaria hospitalización de moitos máis ao longo de máis dun mes, e que no presente aínda non foi contida, deu lugar á declaración do estado de alarma e xustifica a restrición na circulación de persoas, mesmo a bordo de vehículos, que se contén no artigo 7.2. do RD 463/2020, para así evitar a propagación do virus. (...) A decisión administrativa adoptada é acorde á devandita previsión, porque non suspende o dereito fundamental de reunión e manifestación, senón que, en congruencia co contido do 7.2 do RD 463/2020 e 11.b da LO 4/1981, limita a circulación de vehículos a determinadas finalidades, entre as que non se atopa a celebración da manifestación pretendida, como medio idóneo e imprescindible para tutelar a saúde pública. Por iso, resulta incompatible a aplicación, en todos os seus termos, do estado de alarma e a necesaria protección da saúde pública que aos poderes públicos compete (artigo 43.2 da Constitución española) coa celebración da manifestación pretendida. (...) No caso presente, a tutela da saúde pública coa aplicación de medidas preventivas por parte dos poderes públicos (art. 43.2 da Constitución española), necesarias para evitar a propagación do virus, e o dereito á vida e integridade física dos demais cidadáns (artigo 15 da Constitución española), deben ter preferencia sobre o dereito de reunión e manifestación (art. 21 Constitución española), de modo que a ponderación dun e outro obriga a limitar o segundo a fin de que poida desenvolverse unha ordenada convivencia cidadá, na que non corran perigo nin a saúde dos propios manifestantes nin a dos demais cidadáns, sen que as precaucións que ofrece o demandante entrañen garantía suficiente que permita acceder á celebración da manifestación.

A regulación do dereito de manifestación tamén dá pé a unha restrición na circulación como a que se contén no RD 463/2020, que a resolución impugnada aplica.

En efecto, o artigo 21.2 da Constitución española permite a prohibición das manifestacións en lugares de tránsito público cando existan razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens, mentres que o artigo 10 da LO 9/1983 reproduce tal posibilidade.

Neste caso, aínda que se descifrou a secuencia completa do xenoma do virus, non obstante, non é posible impedir a súa propagación, polo que existe un evidente perigo para a saúde pública e, con iso, para a vida e saúde das persoas, que xustifica aquela prohibición.

Polo demais, se a manifestación se celebra, loxicamente iso levará consigo unha saída masiva de cidadáns a lugares de tránsito público antes ou despois de subir a bordo dos vehículos (á marxe da posible relación e contacto cos membros de Protección Civil e das Forzas de Seguridade que terían que controlala), polo que, no estado actual de descoñecemento científico da orixe e incidencia do COVID-19, o feito de que o desprazamento se realice neles non entraña unha garantía de que aquel perigo para as persoas desapareza».

2.2 Medidas sanitarias restritivas de dereitos fundamentais. Illamento forzoso de enfermo de coronavirus

O Auto do Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santiago de Compostela do 23 de xuño de 2020 (rec. 195/2020, relator: Alvareño Alejandro), ditado pola vía especial do artigo 8.6 da Lei xurisdiccional 29/1998, do 13 de xullo (LXCA), ratifica a orde adoptada o día anterior pola Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia de busca e illamento obrigatorio no seu domicilio dun enfermo de coronavirus, coa seguinte motivación:

«(...) Cómpre ter en conta o informe do Servizo de Medicina Preventiva do CHUS, así como o exposto na resolución do 22 de xuño de 2020 do director xeral da Saúde Pública. A fiscal no seu informe non se opón á adopción da medida cautelar interesada e o forense ratifícase na solicitude da medida cautelar adoptada. O forense no seu informe conclúe que a enfermidade que padece D.----- é grave, e que debe considerarse como un risco sanitario grave para a saúde, debendo ser ingresado nun centro sanitario onde está illado axeitadamente (...).

Neste caso a autoridade sanitaria acordou unha medida que ten suficiente amparo legal, e que está dirixida a un fin constitucionalmente lexítimo, a defensa da saúde pública, a integridade física e a saúde da poboación en xeral. A medida baséase nun informe médico do Servizo de Medicina Preventiva do CHUS, do 22 de xuño de 2020. Trátase dunha resolución adoptada pola autoridade competente e no ámbito das súas competencias, e dotada de aparencia de legalidade, tendo o carácter de urxente e está debidamente xustificada, respectando o principio de proporcionalidade, que resulta da doutrina do Tribunal Constitucional, sendo adecuada ao obxectivo pretendido, e non constando a posibilidade dunha medida menos gravosa ou lesiva para a consecución do obxectivo proposto. Así, a medida ordenada cuxa ratificación se pide persegue un fin constitucionalmente lexítimo, a súa adopción atópase amparada pola normativa, de rango legal, e é proporcionada

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

dado que é idónea e necesaria aos fins constitucionalmente lexítimos que se pretenden, sen implicar un sacrificio desmedido destes».

2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia da xurisdición social. Inexistencia de vía de feito e de lexitimación activa. Inadecuación de procedemento

O Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra, no seu Auto do 15 de abril de 2020 (rec. 86/2020, relator: Cominges Cáceres), rexeita a solicitude de medidas preventivas urxentes cautelares ao proceso contencioso-administrativo solicitadas polo cónxuxe dunha enfermeira dun hospital público. O auto rexeita a solicitude por varias causas autónomas:

«I.- Con carácter xeral non é posible solicitar no proceso contencioso-administrativo a adopción de medidas cautelares autónomas, sen preito principal; isto é, sen que previa ou simultaneamente se interpuxese o recurso contencioso-administrativo propiamente dito (artigo 129.1 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa -LXCA-).

Só, como excepción, se permite tal posibilidade mediante a vía especial e restrinxida regulada no artigo 136 (LXCA). Precepto que se circunscribe aos “supostos dos arts. 29 e 30”. É dicir, á “inexecución de actos administrativos firmes” (art. 29 LXCA), ou ás “vías de feito” (art. 30 LXCA).

O actor manifesta no seu escrito de solicitude de medidas cautelares que o SERGAS incorreu en “vía de feito”, no contexto actual da epidemia de coronavirus -COVID-19-, ao habilitar a planta ----- do hospital ----- (Complexo Hospitalario de Pontevedra) para o internamento de infectados polo virus, a razón de dous enfermos por cuarto e sen os equipos de protección necesarios para o persoal sanitario. Considera que con iso se pon en grave risco de contaxio a D^a -----, auxiliar de enfermaría destinada nesa planta. Como conviven con ela no mesmo domicilio (é cónxuxe do actor e nai do neno -----), entende que con ese risco se está afectando ao seu dereito fundamental á integridade física (artigo 15 da Constitución). Tamén ao dereito fundamental á defensa letrada nos procesos xudiciais (artigo 24 da Constitución) porque se a súa esposa lle contaxia o COVID-19 verase imposibilitado para cumprir o seu labor de asesoramento e defensa xurídica aos seus clientes, nun momento singular en que é moi necesaria. (...).

[A solicitude debe rexeitarse:]

II.1.- En primeiro lugar, pola causa de inadmisión regulada nos artigos 69.c e 51.1.c) LXCA. O artigo 30 da mesma lei dispón moi claramente, para os supostos de “vía de feito”, que se o actor formula un requirimento previo na vía administrativa (potestativo), a Administración dispón do prazo de dez días para respondelo. Mentres tanto non pode interperse o recurso contencioso-administrativo (nin, consecuentemente, solicitarse medidas cautelares en vía xudicial) (...) o actor interpuxo a súa solicitude de medidas cautelares cando aínda non transcorrera o referido prazo de dez días desde a data de entrada

do requirimento previo no rexistro do SERGAS. Nin sequera a día de hoxe transcorreu o referido prazo.

II.2.– En segundo lugar, con toda evidencia a actuación denunciada polo actor non constitúe unha “vía de feito” propiamente dita.

Tal como acredita o SERGAS coa documentación unida ao seu escrito de alegacións, as decisións adoptadas sobre o destino e organización da PLANTA000 do HOSPITAL000 ante a crise do COVID-19 están motivadas e ditáronse no marco duns protocolos aprobados para o efecto pola Administración sanitaria. O actor poderá discrepar destes, pero non tachar esa decisión organizativa de “vía de feito”. A mesma conclusión se alcanza respecto da denuncia sobre a ausencia de medios materiais necesarios para a evitación do contaxio. Non se corresponde cunha “vía de feito” propiamente dita.

De maneira que, ao non se dirixir realmente esta acción xudicial fronte a unha “vía de feito” real, debe rexeitarse de plano por non se ter interposto previa ou simultaneamente o recurso contencioso-administrativo (preito principal).

II.3.– En terceiro lugar, conséntase tamén un defecto de falta de xurisdición. En puridade a denuncia do actor correspóndese coa materia de “prevención de riscos laborais”, cuxo coñecemento se lle atribúe á xurisdición social, con carácter exclusivo e excluínte, conforme dispón o artigo 2.e) da Lei tributaria 36/2011, do 10 de outubro (LRXS), mesmo cando os afectados son funcionarios.

Poden citarse neste sentido o Auto e a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de datas respectivas 6 de abril de 2020 (rec. 2/2020) e 24 de xuño de 2019 (rec. 123/2018); o Auto da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 5 de abril de 2020 (rec. 9/2020), ou a Sentenza da Sala do Social da Audiencia Nacional do 11 de setembro de 2019 (rec. 251/2017).

II.4.– En cuarto e último lugar, porque a pretensión do Sr. ----- pon tamén en evidencia a súa falta de lexitimación activa (artigo 19.1.a).

Realmente a súa acción diríxese a defender intereses alleos: a seguridade e saúde no traballo de terceiros que non son parte no proceso xudicial. É moi significativo que a principal afectada pola situación de risco laboral que denuncia, a súa propia esposa, non asinase a reclamación previa nin comparecese neste proceso como parte actora. Tampouco o fixo ningunha organización sindical dos empregados do hospital.

O seu interese no asunto é indirecto. Afecta directamente a un terceiro, o seu cónxuxe. Ela é a que tería que ter presentado esta acción xudicial.

É consolidada a xurisprudencia da Sala Terceira do Tribunal Supremo que rexeita a lexitimación en supostos similares a este, nos cales se promoven litixios para defender a terceiros que non impugnaron a resolución en cuestión (SS TS 28/06/2012 –casación 1917/2010–; 25/04/2012 –casación 6649/2009–; e 06/07/2009 –casación 3341/2008–, entre outras moitas)».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 Medio ambiente e urbanismo

3.1 Nulidade de plan xeral por omisión de informe sectorial de telecomunicacións

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 25 de maio de 2020 (rec. 3750/2018, relator: Herrero Pina) declara a nulidade total do Plan xeral de ordenación municipal de Boqueixón, aprobado definitivamente no ano 2015, por terse omitido durante a súa tramitación o informe preceptivo e vinculante da Administración do Estado en materia de telecomunicacións exixido no artigo 35.2 da Lei 9/2014, do 9 de maio, xeral de comunicacións.

O Alto Tribunal conclúe, en primeiro lugar, a obrigatoriedade do requisito formal a todos os instrumentos de planeamento xeral en trámite, aínda que fosen aprobados provisionalmente antes da entrada en vigor da norma. E, en segundo lugar, que a omisión do informe provoca a nulidade de todo o plan porque:

«(...) carece de todo sentido que poida entenderse aprobado definitivamente un plan xeral a excepción, como propugna a Administración recorrente, das determinacións en materia de telecomunicacións, e é que a incuestionable incidencia que a rede de telecomunicacións ten noutras esferas do planeamento, ata o punto de que algunhas destas poden verse condicionadas por aquela, impide considerar que os plans xerais se aproben definitivamente sen atoparse determinado o despregamento da dita rede.

Iso non significa que non se valore a alegación da parte no sentido de que a declaración de nulidade do PXOM debe ser proporcionada á incidencia negativa sobre este da infracción apreciada, senón que neste caso eses efectos negativos non poden acoutarse e reducirse a determinado contido do plan, ao que poida limitarse a declaración de nulidade, pois, contrariamente ás alegacións da parte e como se deduce do anteriormente exposto, as determinacións sobre redes públicas de comunicacións electrónicas constitúen un equipamento de carácter básico e a súa previsión nos instrumentos de planificación urbanística ten natureza estrutural, polo que inciden na configuración xeral do planeamento, que resulta afectada pola omisión do informe en cuestión, polo que a súa omisión determina a nulidade de plan».

3.2 Omisión de informe de impacto de xénero na tramitación dun plan xeral

O TSXG, na súa Sentenza do 11 de novembro de 2019 (rec. 4354/2017, relator: Díaz Casales, impugnada en casación: RC 1070/2020), desestima o recurso interposto contra a resolución da Xunta de Galicia de 2016 de aprobación definitiva do Plan xeral de ordenación municipal de Caldas de Reis. Sobre o argumento impugnatorio consistente na omisión durante a súa tramitación do “informe de impacto de xénero” conclúe o seguinte:

«(...) Neste caso tanto a Xunta de Galicia como o Concello de Caldas admiten que a aprobación do plan non veu precedida do informe previo sobre o impacto de xénero defendendo que non resulta exixible ao ser a norma neutra desde o punto de vista de impacto de xénero, polo que non resultaba exixible conforme o que dispón o art. 8 do Decreto legislativo 2/2015.

A resposta que debemos dar a esta cuestión vén enteiramente condicionada polo que resolveu o T.S. na St. do 10 de decembro de 2018 (ditada no recurso de casación 3781/2017) pola que casou a St. do TSX de Madrid na cal anulara o PXOM de Boadilla por carecer dese informe considerándoo a sala preceptivo por aplicación supletoria da Lei do Goberno que o exige en todos os casos de aprobación de disposicións xerais. Aínda que resulta sobradamente coñecido para as partes debemos transcribir parcialmente a St. do T.S.:

“DÉCIMO QUINTO: Consecuentemente e con independencia dos procedementos específicos de elaboración dos plans de urbanismo en cada unha das leis autonómicas, as cales poden ou non incorporar trámites específicos en materia de xénero, o certo é que o principio de igualdade de trato é un principio inspirador da nova concepción do desenvolvemento urbano, que exige unha ordenación axeitada e dirixida, entre outros fins, a lograr a igualdade efectiva entre homes e mulleres, isto é, non é necesario o sometemento do plan a un trámite específico para que esa perspectiva sexa tida en conta e para que, noutro caso, o citado plan poida ser impugnado e o control xudicial alcanzar os ditos extremos.

En definitiva, malia non ser exixible ao plan impugnado a incorporación do Informe de impacto de xénero, tal como sostén a sala de instancia, iso non é óbice para que poidan discutirse a través da impugnación do plan os aspectos concretos e específicos que poden incidir nunha ordenación de natureza discriminatoria. O que sucede é que, neste caso, ao ter quedado a análise na existencia ou non do citado informe, a cuestión de fondo non foi abordada, isto é, descoñecemos, porque non se puxeron de relevo, que aspectos concretos do plan poden resultar, a xuízo dos recorrentes, contrarios ao principio de igualdade de xénero, polo que o plan non pode ser obxecto dunha declaración xenérica de nulidade, con base na infracción dun trámite formal que, como razoamos, non lle era exixible.

DÉCIMO SEXTO: De acordo con todo o exposto consideramos que procede declarar como doutrina xurisprudencial que, aínda que a cláusula de aplicación supletoria do dereito estatal non permite soste a exixencia ás comunidades autónomas dun requisito, como é o informe de impacto de xénero, en materia de ordenación urbanística, que non figura previsto na súa propia lexislación, o principio de igualdade de trato é un principio inspirador da nova concepción do desenvolvemento urbano, que exige unha ordenación adecuada e dirixida, entre outros fins, a lograr a igualdade efectiva entre homes e mulleres, isto é, non é necesario o sometemento do plan a un trámite específico para que esa perspectiva sexa tida en conta e para que, noutro caso, o citado plan poida ser impugnado e o control xudicial alcanzar aos ditos extremos”.

Pois ben, con tan claro e razoado precedente, debemos concluír que neste caso ese informe non resultaba preceptivo ao non impor a lexislación autonómica en materia urbanística (que viña dada fundamentalmente polo art. 85 da LOUGA) solicitar o dito informe con carácter previo e preceptivo.

Neste caso o recorrente fundamentaba a demanda na exixibilidade do informe que, como vimos, por aplicación da lexislación autonómica neste caso non resulta de aplicación, o que determina a desestimación deste motivo de impugnación.

Non obstante, no escrito de conclusións, como fixo co anterior motivo, pretendeu concretar aspectos concretos que deberían determinar a nulidade do plan por falta de previsión nas súas determinacións do impacto de xénero, tales como a) a falta de consideración de que a atención á maternidade se sitúe fóra do Centro de Saúde, en concreto sinala que a matrona atende as mulleres na Escola Taller; b) falta de gardarías e centros de día; c) non se contempla a insuficiencia do centro de saúde para acoller a atención odontolóxica ou de fisioterapia; e d) non se prevén equipamentos específicos para as mulleres.

É evidente que o recorrente pretende aproveitar a doutrina sentada polo T.S. na referida sentenza para aducir consecuencias concretas da falta de previsión do impacto de xénero no plan que se aproba, o que, por un lado, supón un recoñecemento implícito de que o motivo formal aducido na demanda non pode ser acollido e, por outro, trata unha vez máis –xa o sinalamos no anterior fundamento– de perverter a finalidade do escrito de conclusións ao introducir motivos de impugnación que non esgrimiu na demanda, o que impide o art. 65 da LRXCA, polo que tamén este motivo de impugnación debe decaer».

3.3 Caducidade de licenzas urbanísticas

A Sentenza do TSXG do 28 de febreiro de 2020 (rec. 4130/2019, relator: Martínez Quintanar) analiza a institución da caducidade das licenzas urbanísticas, alcanzando unha conclusión contraria á súa aplicación automática cando se acreditan determinadas causas xustificativas do atraso na execución das obras ou actividades. Afirma así o tribunal que:

«(...) A demora no inicio e remate da obra, co conseguinte atraso respecto aos prazos establecidos na licenza, é unha realidade obxectiva que non se pon en cuestión. A controversia céntrase en se as causas alegadas pola mercantil e ponderadas pola sentenza como xustificativas do atraso, en canto alleas á vontade da mercantil titular da licenza, permiten excluír a aplicación do instituto da caducidade.

Neste contexto resulta oportuno lembrar a doutrina xurisprudencial sobre o instituto da caducidade, con transcripción parcial da Sentenza desta sala e sección do 15/05/2019, n. recurso 4367/2017, n. resolución 254/2019, na cal, con cita da TSX de Madrid n. recurso 1031/2017, se resume a dita doutrina. (...)

O fundamento da caducidade está no carácter temporal do dereito subxectivo de que se trate, temporalidade que vén determinada pola necesidade de non prexudicar os intereses doutras persoas. En consecuencia, o fundamento pola súa vez da posibilidade xurídica da caducidade das licenzas urbanísticas non está na presunción de abandono do dereito por parte do seu titular, no caso de non exercelo durante algún tempo, senón no interese xeral. A riqueza que supón o aproveitamento urbanístico determinado polo planeamento ten unha función social que cumprir: a materialización canto antes na edificación prevista polo plan, o cal dificultará a especulación, tal como se establece no art. 47 da Constitución española. Así mesmo, impedirase que a licenza outorgada se converta nun obstáculo (polo

menos económico, dada a posibilidade xurídica da súa revisión) para a futura modificación ou revisión do planeamento urbanístico. A licenza urbanística é un acto administrativo declarativo de dereitos e dise que ten carácter temporal porque, dada a súa función servizal do planeamento urbanístico, se as operacións autorizadas por aquela non se inician en determinado prazo ou se suspenden durante certo tempo, prodúcese a súa caducidade. Cesa a eficacia da licenza. Dado que o outorgamento da licenza urbanística determina a adquisición do dereito a edificar, a súa caducidade extingue tal dereito e o interesado non poderá iniciar ou continuar actividade ningunha ao abeiro da licenza caducada, agás autorización expresa para garantir a seguridade das persoas e bens, así como o valor da edificación xa realizada.

Foi o Tribunal Supremo quen a partir do estudo dos diversos casos foi extraendo principios xerais e perfilando unhas características que son substancialmente as que se plasmaron na nova lexislación, tanto estatal como territorial. De aí a importancia das sentenzas dos tribunais nesta materia. Partindo do exposto en relación coa función social da propiedade urbana, debe precisarse aínda que a licenza urbanística –como sinala a STS do 26.12.1990, RX 19900255– opera como un instrumento destinado a asegurar a eficacia do planeamento. Por iso a caducidade das licenzas tende a fortalecer a dita función: de nada serviría comprobar que a actuación proxectada se axusta á ordenación actual se a edificación se puidese realizar moitos anos máis tarde cando xa o planeamento que serviu de base para o outorgamento da licenza tivese sido reformado. A licenza é un acto declarativo de dereitos, pero non pode converterse nunha reserva para a aplicación futura dun vello plan; o transcurso do tempo, en relación co principio xeral da boa fe, debe operar deslindando o que son as consecuencias por un lado do carácter declarativo de dereitos da licenza e por outro da pretensión de obter unha reserva pro futuro da aplicabilidade dun plan antigo. En consecuencia, debe entenderse que pertence á esencia da licenza, como institución ao servizo da eficacia do planeamento e iso aínda que non exista normativa que preveña a viabilidade da caducidade: o ordenamento xurídico é algo máis –moito máis– que un conxunto de disposicións escritas, dado que se integra tamén e sobre todo polos principios e a normatividade inmanente na natureza das institucións –exposición de motivos da Lei xurisdiccional– e a caducidade é, como se viu, unha exixencia da normatividade propia da licenza. Non necesita así expresa previsión legal. A xurisprudencia que dá complemento ao ordenamento xurídico –art. 1º.6 do título preliminar do Código civil– admite plenamente esta figura: sentenzas do 18 de xullo e 3 de outubro 1986 (RX 1986518, RX 1986411) do 22 de marzo e 9 de xullo de 1988 (RX 1988244, RX 1988954), 30 de maio de 1990 (RX 1990292), etc.

Os criterios para a aplicación da caducidade. Segundo a xurisprudencia do Tribunal Supremo –STS do 28.5.1991 (RX 1991303)–: a) “Nunca opera de xeito automático” –Sentenza do 20 de maio de 1985 (RX 1985116)–, é dicir, “os seus efectos non se producen automaticamente polo simple transcurso do tempo, por requirir un acto formal declarativo (véxase o art. 35.2 do TR de 1992 e 158.2 da Lei 9/2001), adoptado tras os trámites previos necesarios” –Sentenza do 22 de xaneiro de 1986 (RX 198687)–; b) Para a súa declaración, pois, non basta a simple inactividade de titular –Sentenza do 4 de novembro de 1985 (RX 1985302)–, senón que será precisa unha ponderada valoración dos feitos, xa que non pode

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

producirse “ás costas das circunstancias concorrentes e da forma en que os acontecementos sucedan” –Sentenza do 10 de maio de 1985 (RX 1985754)–; c) Por consecuencia, “o instituto da caducidade de licenzas municipais debe acollerse con cautela” –Sentenza do 20 de maio de 1985– aplicándoo “cunha moderación acorde coa súa natureza e os seus fins” –Sentenza do 10 de maio de 1985– e cun “sentido estrito” –Sentenza do 2 de xaneiro de 1985 (RX 198598)–, e mesmo con “rigoroso criterio restritivo” –Sentenza do 10 de abril de 1985 (RX 1985859)–. En definitiva, ha de operar con criterios de “flexibilidade, moderación e restrición” –Sentenza do 10 de maio de 1985–. En igual sentido: sentenzas do 18 de xullo e 3 de outubro de 1986 (RX 1986518 e RX 1986411), 22 de marzo e 9 de xullo de 1988 (RX 1988244 e RX 1988954), 30 de maio e 2 de novembro de 1990 (RX 1990292 e RX 1990736), etc.; d) E, ademais, cómpre ter en conta que –STS de 30-5-1990– a presunción de legalidade do acto administrativo –art. 45.1 da Lei de procedemento administrativo– e hoxe art. 4º.1.e) da Lei reguladora das bases do réxime local 7/1985, do 2 de abril –despraza sobre o administrado a carga de accionar para evitar que se produza a figura do acto consentido– art. 40.a) da Lei xurisdiccional, pero non afecta á carga da proba que debe rexerse polas regras xerais –sentenzas do 22 de setembro de 1986 (RX 1986971), 27 de xuño de 1988 (RX 1988768), 13 de marzo de 1989 (RX 1989976), 19 de febreiro de 1990 (RX 1990322), etc.–. Tales regras, elaboradas por indución sobre a base do art. 1214 do Código civil, sinalan que cada parte debe probar os feitos que integran o suposto da norma cuxas consecuencias xurídicas invoca ao seu favor. Iso implica que é o concello o que debe probar o suposto de feito que desencadea como consecuencia xurídica a caducidade”. (...)

Neste caso debemos concordar coa sentenza de instancia en que non hai un abandono inxustificado da obra por parte do promotor, senón a concorrencia de circunstancias obxectivas, alleas á súa vontade, que se erixiron en obstáculos tanto para o inicio da obra como para a presentación do proxecto de execución. (...)

Resulta do expediente administrativo que o 26-6-2013 se presenta escrito polo que se solicita a suspensión dos prazos, alegando a imposibilidade material de poder executar a edificación, dado que un dos ocupantes do ámbito se nega a abandonalo, imposibilitando así a execución do colector que pasa por debaixo da propiedade (...) resulta desvirtuada a presunción de abandono da obra ou a alegación de total inactividade da promotora, máxime se se atende ao seu contido, no que se fai un relato de distintos feitos, actuacións e reunións mantidas co concello, expresivas tanto da vontade da promotora de executar o proxecto construtivo que obtivo licenza como das dificultades que se presentaron para a dita execución, relacionadas tanto coa necesidade de desprazamento do colector xeral como a de recuamento das liñas de media tensión (...)».

4 Persoal

4.1 Cesamento de funcionario interino. Inaplicabilidade analóxica do Estatuto dos traballadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por ano de servizo

O TS (Secc. 4ª), na súa Sentenza do 28 de maio de 2020 (rec. 5801/2017, relator: Fonseca-Herrero, Raimundo), estima a casación e revoga a sentenza dun xulgado contencioso-administrativo de Galicia que lle recoñecera a un funcionario interino correctamente destituído (sen concorrencia de fraude de lei) o dereito a percibir unha indemnización equivalente a 20 días de salario por ano de servizo na Administración, coas seguintes consideracións:

«(...) dada a identidade da situación da funcionaria interina afectada, debemos reparar na recente Sentenza do Pleno do TXUE do 22 de xaneiro de 2020, no recurso: C-177/18, que ten por obxecto unha petición de decisión prexudicial formulada, conforme o artigo 267 TFUE, polo Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 14 de Madrid, mediante auto do 16 de febreiro de 2018.

Nesa sentenza, unha vez expostas e marcadas as diferenzas de réxime xurídico na lexislación española entre (i) o persoal laboral fixo e o de duración determinada, e (ii) o particular réxime xurídico do persoal funcionario, declara o seguinte:

1) A cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, celebrado o 18 de marzo de 1999, que figura no anexo 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, debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional que non prevé o aboamento de indemnización ningunha aos funcionarios interinos nin aos funcionarios de carreira cando se extingue a relación de servizo, mentres que prevé o aboamento dunha indemnización ao persoal laboral fixo cando finaliza o contrato de traballo por concorrer unha causa obxectiva.

2) Os artigos 151 e 153 TFUE e a cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, que figura no anexo da Directiva 1999/70, deben interpretarse no sentido de que non se opoñen a unha normativa nacional que non prevé o aboamento de indemnización ningunha por cesamento aos funcionarios interinos, mentres que ao persoal laboral temporal se lle concede unha indemnización cando remata o contrato de traballo.

(...) Por todo iso a resposta que daremos á cuestión de interese casacional obxectivo admitida é que o cesamento dun funcionario interino, cunha única relación de servizos, non determina dereito a indemnización de 20 días de ano de traballo desempeñado previsto na lexislación laboral e non na lexislación funcional».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

4.2 Compatibilidade da oferta de emprego público da Xunta de Galicia coa obriga de redución do emprego temporal. Transformación de prazas de laborais en funcionarios

A Sentenza do TSXG do 15 de maio de 2020 (rec. 72/2019, relator: Seoane Pesqueira) desestima o recurso interposto por un sindicato contra o Decreto 160/2018, do 13 de decembro, que aprobou a oferta de emprego público (OEP) do persoal funcionario e laboral da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2018.

A sentenza rexeita en primeiro lugar a crítica da demanda fronte á falta de convocatoria de todas as prazas ocupadas por persoal interino, coas seguintes consideracións:

«(...) na OEP de 2018 inclúense medidas dirixidas a solucionar a temporalidade do persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, e con iso dar cumprimento á Directiva 99/70/CE e xurisprudencia comunitaria que a interpreta, pois no anexo II do decreto impugnado recóllense as prazas que se ofertan relativas á estabilización do emprego temporal, e no anexo III deste inclúense as prazas que se ofertan de persoal laboral indefinido non fixo derivado de sentenzas xudiciais. A iso engádesse que a OEP de 2018 se enmarca, xunto coas que se aproben nos anos 2019 e 2020, nos acordos para alcanzar unha redución da temporalidade de ata un máximo do 8%, dentro dunha planificación de carácter plurianual, nos cales se inscriben a Resolución do 22 de marzo de 2018 da Secretaría Xeral de Función Pública pola que se publica o II Acordo Goberno-Sindicatos para a mellora do emprego público e as condicións de traballo, o Acordo do 18 de outubro de 2017 para o desenvolvemento dun plan de estabilidade no emprego dos servizos públicos, e a Orde do 15 de xaneiro de 2019 pola que se publica o Acordo de concertación do emprego público de Galicia. Ese é o horizonte temporal a tres anos en que se insire a OEP impugnada, polo que o seu axuizamento non pode realizarse de xeito autónomo.

Aínda é máis, na OEP de 2018 impugnada dáse cumprimento ao establecido no artigo 19.un.9 da Lei 6/2018, así como aos acordos sobre desenvolvemento da estabilidade no emprego dos servizos públicos, incluíndo unha taxa adicional para a estabilización do emprego temporal, incorporando prazas dos servizos de Administración e xerais que respondan a necesidades estruturais, estean dotadas orzamentariamente e ocupadas de forma temporal e ininterrompida nos tres anos anteriores ao 31 de decembro de 2017, debendo ser aprobadas e publicadas nos exercicios 2018 a 2020 as ofertas que articulen os ditos procesos de estabilización.

Así mesmo, para saír ao paso das queixas da recorrente acerca das OEP anteriores que non foron obxecto de convocatoria total ou parcial, hai que ter en conta que a disposición adicional do Decreto 160/2018 recolle a acumulación de prazas correspondentes á OEP dos anos anteriores ao establecer (...). Neste punto convén salientar que as restricións orzamentarias que fixeron inexecutables as anteriores OEP tiveron lugar no contexto da crise económica deses anos, e era precisamente a Unión Europea quen marcaba os obxectivos para a redución do déficit público, polo que non pode acollerse a alegación de vulneración do dereito comunitario para combater a OEP galega de 2018, coa que xa vimos que se afronta e trata de reducirse a temporalidade no emprego público.

O preámbulo da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, explica perfectamente esa incidencia da política comunitaria, nos seguintes termos (...).

3. O sindicato demandante tamén alega a vulneración do artigo 10.4 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, e a contradición entre as limitacións á reposición de efectivos e ese precepto.

O artigo 10.4 do RDL 5/2015 dispón:

“No suposto previsto na letra a) do apartado 1 deste artigo, as prazas vacantes desempañadas por funcionarios interinos deberán incluírse na oferta de emprego correspondente ao exercicio en que se produce o seu nomeamento e, se non fose posible, na seguinte, salvo que se decida a súa amortización”.

Neste punto convén recordar a moderna xurisprudencia interpretativa do dito precepto que relega a aplicación do artigo 10.4 do EBEP cando unha norma orzamentaria impide que se leve a cabo nos seus estritos termos.

En efecto, a moderna xurisprudencia, plasmada nas sentenzas da Sala 3ª do Tribunal Supremo do 20 de novembro de 2013 (recurso de casación 44/2013) e 2 de decembro de 2015 (RC 401/2014), declarou que, se o poder legislativo decidiu establecer unha determinada taxa de reposición de emprego público, para o período de vixencia dunha norma legal, iso debemos observar, de modo que se a Lei de orzamentos xerais do Estado prohibe que ao longo da anualidade a que se refire se proceda á incorporación no sector público de novo persoal, excepto nos sectores que indica e ata unha determinada porcentaxe da taxa de reposición, durante ese exercicio non opera o mandato contido no artigo 10.4 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, polo que non pode entenderse infrinxido este último precepto.

En definitiva, tal como lembra a Sentenza da Sala 3ª do Tribunal Supremo do 2/12/2015, a Lei de orzamentos do Estado para cada exercicio vén considerándose por parte do Tribunal Constitucional como un instrumento idóneo para limitar a oferta de emprego público como medida de política económica, e nese sentido cita a Sentenza 178/2006, do 6 de xuño (...). No mesmo sentido pronunciouse, máis modernamente, a STS do 25 de setembro de 2017 (recurso de casación 363/2016) (...).

4. Polo tanto, hai que acudir á normativa estatal para comprobar o axuste da normativa autonómica impugnada á citada estatal orzamentaria.

O relativo ao cálculo de reposición de efectivos para o ano 2018 contense no artigo 19.un.7 da Lei 6/2018, que ten carácter básico, dítase ao abeiro dos artigos 149.1.13ª e 156.1 da Constitución (...). O preámbulo do Decreto impugnado 160/1918 explica o modo en que se calculou a taxa de reposición en Galicia na OEP de 2018 ao dicir que “Para determinar a taxa de reposición das prazas de acceso libre se tivo en conta o número de xubilacións, falecementos, renuncias, excedencias, baixas definitivas, altas e baixas producidas polos concursos de traslados a outras administracións e reingresos producidos durante o ano 2017”.

Para especificar cada unha das ditas situacións consta no folio 102 do expediente administrativo o cadro que as detalla, do que se deduce que non se teñen en conta as prazas de persoal laboral indefinido non fixo derivado de sentenzas xudiciais, que se conteñen no anexo III da propia OEP de 2018, dedicado ao proceso de consolidación de persoal indefinido non fixo.

O contraste entre un e outro cálculo da taxa de reposición pon de relevo a adecuación da OEP de 2018 á normativa orzamentaria estatal á cal debe axustarse. (...)

A sentenza desestima tamén os motivos do recurso presentado contra a conversión de prazas de traballadores laborais en funcionariais, con estas consideracións:

«(...) a potestade de autoorganización da Administración permite a transformación de prazas laborais en funcionariais a través do correspondente proceso de funcionarización regulado na disposición transitoria 2ª do RDL 5/2015. (...) Expón a demandante que na OEP impugnada a maioría, en concreto 1.448, das prazas de estabilización e consolidación (salvo 270 de persoal laboral no anexo II) se ofertan como funcionariais nos anexos II e III, o cal significa que o persoal laboral que as ocupe, aproximadamente 1.778 prazas, debe ser destituído (...)

A argumentación do demandante choca frontalmente co disposto no artigo 28.2 da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, que prevé expresamente a posibilidade de que se creen, nas relacións de postos de traballo, postos derivados de sentenzas xudiciais firmes que recoñezan situacións laborais de carácter indefinido, cando a persoa afectada non poida ser adscrita a un posto vacante, incluíndose nas RPT como postos de persoal funcionario ou, excepcionalmente, de persoal laboral cando a natureza das súas funcións así o requira (...). No mesmo sentido, a Sentenza do 6 de xullo de 2018 (recurso de duplicación 1299/2018) da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, invocando precedentes nas sentenzas do 24 de marzo e 18 de decembro de 2014, e 24 de febreiro e 11 de marzo de 2015 da mesma sala, declarou expresamente que é perfectamente posible adscribir a persoal laboral indefinido non fixo a praza de funcionario (...). Ao anterior cabe engadir que é excepcional a configuración das prazas de persoal laboral, pois a regra xeral é que os postos na Administración pública estean desempeñados por persoal funcionario, establecéndose no artigo 26.3 da Lei galega 2/2015 que postos poden ser desempeñados por persoal laboral (...). Nese sentido non é libre a Administración para configurar os postos na RPT como de persoal funcionario ou laboral, e tampouco as prazas na OEP. (...)

Ao proceso de funcionarización dedícase o artigo 4 do Decreto 160/2018, baixo a epígrafe de “Promoción interna para o persoal laboral fixo: proceso de funcionarización”, co seguinte contido:

“O persoal laboral fixo da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia cuxa praza vai ser obxecto dun proceso de funcionarización poderá participar nun proceso selectivo de promoción interna para as prazas que figuran no anexo V deste decreto, polo sistema de concurso-oposición, de forma independente dos de libre concorrencia, sempre que, no momento da entrada en vigor da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, estivese a realizar funcións ou desempeñase postos de traballo de persoal funcionario, ou pasase a realizar esas funcións ou a desempeñar os ditos postos en

virtude de probas de selección ou promoción interna convocadas antes da data sinalada, sempre que posúa a titulación necesaria e reúna os restantes requisitos exixidos, nos termos sinalados na disposición transitoria primeira da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, e na disposición transitoria segunda do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro.

Ao persoal laboral fixo que, a consecuencia deste proceso, adquira a condición de funcionario de carreira adxudicáraselle destino definitivo, de carácter funcional, no mesmo posto que viña desempeñando con carácter definitivo”.

Polo tanto, no dito precepto contéplase unha oferta de prazas de promoción interna para persoal que xa superou un proceso selectivo, e por iso xa é laboral fixo, no cal, ademais, concorran os requisitos que se explicitan na OEP e na normativa que desenvolve, que é a disposición transitoria 1ª da Lei 2/2015 e na transitoria 2ª do RDL 5/2015. Os devanditos requisitos son que no momento da entrada en vigor da Lei 7/2007, do 12 de abril, estivese a realizar funcións ou desempeñase postos de traballo de persoal funcionario, ou pasase a realizar esas funcións ou a desempeñar os ditos postos en virtude de probas de selección ou promoción interna convocadas antes da data sinalada, sempre que reúna a titulación necesaria e os requisitos exixidos. De feito, no apartado terceiro da dita disposición transitoria 1ª da Lei galega 2/2015 prevese que para estes efectos se valorarán como mérito os servizos efectivos prestados como persoal laboral fixo e as probas selectivas superadas para acceder a esta condición.

É evidente que existe unha xustificación obxectiva e razoable para a exclusión dese proceso de funcionarización do persoal laboral indefinido non fixo, pois o contrario suporía que se lle permitise o acceso á función pública a quen non superou un proceso selectivo, significando a infracción dos principios de mérito e capacidade, recollidos nos artigos 23.2 e 103.3 da Constitución española. Polo tanto, nunca cabería unha interpretación máis favorable á efectividade do dereito fundamental, xa que a que se propugna é manifestamente contraria ao dereito previsto no artigo 23.2 da Constitución española. En consecuencia, non existe base para formular cuestión de inconstitucionalidade, e, pola contra, se se seguise a tese que sostén o actor vulneraríase a Carta Magna».

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 A presentación do escrito inicial de interposición do recurso contencioso interrompe o prazo establecido para recorrer, aínda que presente defectos formais

O TS, Secc. 5ª, nas súas sentenzas do 13 e 27 de maio e 2 de xuño de 2020 (recs. 4715/2017, 4743/2017, 687/2019 e 3927/2019, relatores: Menéndez Pérez e Borrego Borrego), revoga as do TSXG (Secc. 3ª) que rexeitaran varios recursos contencioso-administrativos porque os defectos formais do seu escrito inicial de interposición (ausencia de poder de representación do procurador) se emendaron cando xa transcorrera

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

o prazo de dous meses desde a notificación do acto impugnado. Nelas o Alto Tribunal establece a seguinte doutrina xurisprudencial:

«Non cabe declarar a inadmisión dun recurso contencioso-administrativo en que o/a procurador/a non acompañe co escrito que o inicie o poder para preitos ou a designación apud acta que acreditarían a súa representación, mesmo aínda que estes non se tivesen outorgado aínda, se o fai dentro do prazo de dez días desde que foi requirido/a para iso e aínda que ao achegar un ou outra tivese finalizado o prazo hábil para a interposición daquel recurso».

5.2 Lexitimación de asociación ecoloxista para exixir a declaración de caducidade de concesións en dominio público marítimo-terrestre

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional do 16 de xaneiro de 2020 (rec. 373/2016, relator: Buisán García) recoñécelle á Asociación pola Defensa da Ría de Pontevedra lexitimación activa para reclamar a declaración de caducidade da concesión sobre o dominio público marítimo-terrestre dunha industria papeleira, con estes argumentos:

«(...) o artigo 109 da Lei de costas, que reproduce o artigo 202 do seu regulamento, aprobado polo Real decreto 1471/1989, do 1 de decembro, recoñece acción pública para exixir ante os órganos administrativos e os tribunais a observancia do establecido nesa lei e nas disposicións que se diten para o seu desenvolvemento e aplicación. Esta acción que ten por obxecto a salvagarda dos preceptos da lei e as súas disposicións de desenvolvemento, pode exercerse calquera que sexan os efectos producidos sobre o dominio público e constitúe un instrumento idóneo para evitar a infracción do ordenamento xurídico en materia de dominio público, razón pola que o apartado segundo do precepto distingue a infracción sancionable do dito ordenamento daqueles supostos en que o feito denunciado non sexa materia de expediente sancionador. De xeito que contempla tanto as infraccións normativas sancionables como as non sancionables, tal como recoñece expresamente a STS do 9 de xuño de 2004, rec. 875/2002, e corrobórase pola Sentenza do 26 de novembro de 2008, rec. 5875/2004, que cita outros precedentes.

Neste suposto, ademais, a dita lexitimación activa da Asociación Salvemos Pontevedra foi xa formulada e resolta, en sentido favorable, no recurso contencioso que esta interpuxo fronte á desestimación presunta da ministra de Medio Ambiente, recurso que foi estimado en parte pola Sentenza desta sala e sección do 19 de maio de 2011 (rec. 823/2010), tal como se indica no antecedente 8) do fundamento de dereito primeiro da presente resolución.

Lexitimación activa que, en calquera caso, foi xa admitida por esta sala e sección noutros supostos en que determinadas asociacións ecoloxistas impugnaron resolucións sobre concesións administrativas sobre dominio público marítimo terrestre concedidas a terceiros, así nas SSAN do 27/06/2006, rec. 1134/2002 e do 22/05/2013, rec. 830/2009».

6 Responsabilidade patrimonial

6.1 Pola anulación xudicial de licenza urbanística. Determinación do dano moral

A Sentenza do TSXG do 21 de abril de 2020 (rec. 4362/2018, relator: Martínez Quintanar) resolve varias das interrogantes que máis habitualmente se formulan nas reclamacións indemnizatorias fronte a administracións locais pola anulación xudicial de licenzas urbanísticas.

O dito tribunal, en Sentenza do 19 de outubro de 2006 (rec. 4093/2004), anulara a licenza de obras outorgada por un concello para a construción dunha vivenda unifamiliar en solo que se considerou rústico de especial protección. No posterior incidente de execución forzosa ordenouse a demolición total da edificación. O seu titular solicitou o pagamento dunha indemnización de 580.000 euros pola vía da responsabilidade patrimonial. O Concello recoñeceu só 4.000 euros en vía administrativa, co argumento, entre outros, de que o dano non era efectivo ao non se ter demolido aínda a vivenda. A sentenza de instancia só incrementou esa indemnización nunha pequena cantidade, polos gastos correspondentes aos honorarios de arquitecto e aparellador, máis os do letrado que interveu no proceso xudicial. Nesta Sentenza do 21 de abril de 2020 o TSXG estima en parte o recurso de apelación do actor e incrementa a indemnización, coas seguintes conclusións de interese:

- Respecto da “efectividade do dano”, resulta que: «(...) *tras a sentenza de instancia executouse a demolición da construción a que se refería a licenza anulada (...), [polo que] é procedente tomar en consideración esta nova situación de feito e, en función desta, debemos considerar que o dano reclamado en canto ao custo da construción e de demolición deixou de ser meramente potencial, futuro ou hipotético e pasou a ser efectivo, polo que estamos en posición de vulgar sobre a indemnización deste*».

- Non obstante, a Sala desestima a indemnización reclamada polo “*valor da construción*” (325.000 euros), ao non ter demostrado o recorrente a súa correspondencia co custo efectivo de execución por el desembolsado (o orzamento do proxecto técnico autorizado pola licenza era de só 35.000 euros). Trátase dun concepto «*de sinxela acreditación mediante facturas correspondentes ás certificacións da obra realmente executada conforme a licenza anulada, que non son o soporte probatorio da reclamación. A mera referencia polo perito da actora a que a súa valoración se baseou na tipoloxía e características construtivas por el apreciadas non permite concluír de modo certo que esa valoración económica estimada do metro cadrado construído responda a bases obxectivas e verificables*». Considera por outra parte improcedente indemnizar elementos construtivos executados á marxe do proxecto autorizado pola licenza anulada (plantas de soto e baixo cuberta, piscina, etc.). Si lle recoñece, pola contra, o dereito a resarcirse polo custo efectivo das obras de «*demolición correspondente ás partes da edificación reflectidas no proxecto que obtivo licenza, e non doutros elementos aos licenciados*».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- No referente ao “demérito no valor da parcela pola perda da condición de edificable de uso residencial”, afirma o tribunal que: «Non procede indemnización ningunha por este concepto, xa que non hai privación a posteriori do carácter edificable a partir da sentenza anulatoria da licenza: non hai cambio na clasificación urbanística, senón a mera constatación de que por aplicación do planeamento non concurría esa condición de edificable para uso residencial xa desde a orixe, non a consecuencia da anulación da licenza, sendo precisamente esa condición previa a que determinaba a procedencia desa anulación».

- O TSXG si lle reconece ao demandante o dereito a percibir a suma de 10.000 euros por “dano moral”, con este razoamento:

«Trátase de efectuar unha valoración dos prexuízos de índole non estritamente patrimonial, que non pode restrinxirse en todo caso á acreditación médica dunha patoloxía psíquica ou psiquiátrica concreta, podéndose tomar en consideración afeccións como a incerteza e a angustia xerados por todo o proceso de anulación da licenza de obras que se outorgou no ano 2001, que non concluíu ata que a sentenza desta sala no ano 2006 revogou a sentenza de instancia decretando a dita anulación como consecuencia da estimación do recurso interposto pola Xunta de Galicia. Este proceso levou consigo a privación dun ben material empregado como residencia da recorrente para o desenvolvemento da súa vida persoal, e a pena emocional que comportou, e que non pon en dúbida a sentenza, é susceptible de ser incardinada no concepto de dano moral indemnizable a cargo da Administración que outorgou de forma indebida a licenza. Iso é así sobre todo en casos como o presente en que, pola inadecuada formulación da petición en materia de danos patrimoniais, e a insuficiencia probatoria, non se pode conceder cantidade ningunha polo dano estritamente patrimonial derivado da perda da construción realizada, por non considerar que as cantidades e conceptos reclamados se correspondan cun dano efectivo relativo ao custo de execución efectivamente soportado (que non se probou).

Tendo en conta que tan só se lle compensan á recorrente algúns gastos relativos a taxas por licenza, ICIO, acta de liña e rasante, honorarios de redacción de proxecto e dirección de obra, gastos procesuais de defensa xurídica, e nesta sentenza o custo de demolición, debe considerarse procedente reconecer unha cantidade determinada polo dano moral inherente á frustración das expectativas –indebidamente xeradas– de uso residencial da parcela. (...).

Neste caso non se proba que se produza a privación do lugar que constituía principal domicilio ou a vivenda habitual, e ademais a construción executada tampouco se acomodou á licenza concedida e despois anulada, existindo importantes partes da obra non amparadas en ningunha licenza.

Neste contexto, e á falta de probas específicas que acheguen información concreta sobre o xeito en que a demandante resultou afectada pola anulación da licenza desde un punto de vista psiquiátrico, psíquico, moral ou emocional, e por non existiren indicios de patoloxías nese sentido, nin tampouco dun estado emocional do que puidesen dar conta testemuñas, atopámonos ante a mera pena emocional inherente ao proceso de anulación da licenza, ao tempo transcorrido e á concreción ulterior da súa obriga de demoler o construído, en

parte con amparo nunha licenza que lle xerou a expectativa de uso residencial da parcela da que despois se viu privada a demandante.

Por todo iso si podemos considerar procedente a indemnización do dano moral, pero non na cifra reclamada, senón no importe que prudencialmente, e atendendo ás particulares circunstancias concorrentes que deixamos expostas, valoramos nunha cifra de 10.000 euros, como compensatoria do dano moral xerado pola actuación administrativa e imputable a esta, sen que poida alcanzar un importe superior por non se lle ter privado do domicilio habitual, por non probar unha intensidade determinada na afección moral, e por ter coaduvado a recorrente ao dano cunha conduta ilícita ao construír unidades de obra á marxe da licenza».

7 Tributos

7.1 Imposto de bens inmobles. Procedemento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exencións. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública

O TSXG (Secc. 4ª), nas súas sentenzas do 14 de febreiro e 20 de maio de 2020 (recs. 15113/2019 e 15114/2019, relatores: Núñez Fiaño e Selles Ferreiro), desestima os recursos interpostos pola Xunta de Galicia e pola concesionaria que explota o hospital de titularidade pública Álvaro Cunqueiro contra unha modificación da ordenanza fiscal do Concello de Vigo reguladora do imposto de bens inmobles (IBI), modificación que lle deu nova redacción á exención do imposto (logo de solicitude) respecto dos centros sanitarios públicos, nestes termos:

«En aplicación do artigo 62.3 do TRLRFL, os centros de saúde en que a condición legal do obrigado ao pagamento do imposto, segundo a prelación establecida no artigo 61 do citado TRLRFL, recaía sobre o SERGAS e se cumpran as restantes circunstancias descritas neste apartado.

... Considéranse, para os efectos desta ordenanza, centros de saúde aqueles bens inmobles en que, conforme o disposto no RD 1277/2003, do 10 de outubro, o SERGAS desenvolva “Atención Primaria de saúde a cargo do persoal funcionario ou estatutario da Administración pública...”».

Na práctica, a modificación leva consigo a inaplicación da exención do IBI ao referido hospital público vigués, explotado pola concesionaria que o construíu.

A sala rexeita en primeiro termo os motivos impugnatorios de carácter formal esgrimidos polos recorrentes. Considera que a modificación da ordenanza dispón da motivación mínima de impacto económico exixida no artigo 129.7 Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común (LPAC). Tamén que non debía someterse ao trámite de “consulta previa” establecida no artigo 133 da mesma lei, ao tratarse só da modificación puntual dunha ordenanza fiscal aprobada con anterioridade.

Sobre o fondo do asunto conclúe o seguinte:

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

«(...) O artigo 62.5 TRLFL establece que: “As ordenanzas fiscais poderán regular unha exención a favor dos bens de que sexan titulares os centros sanitarios de titularidade pública, sempre que estean directamente afectados ao cumprimento dos fins específicos dos referidos centros. A regulación dos restantes aspectos substantivos e formais desta exención establecerase na ordenanza fiscal”.

O Concello de Vigo entende que dentro destes aspectos substantivos e formais se encadra tanto o carácter rogado ou non da exención, como a limitación dos beneficiarios.

O primeiro que debemos salientar é que o citado art. 62.3 TRLFL non prevé para ese tipo de bens unha exención obrigatoria, senón facultativa, xa que a inclúe con referencia á súa previsión nas propias ordenanzas fiscais reguladoras do IBI. O lexislador utiliza a expresión “poderán regular”, polo que esta exención non vén imposta pola lei, senón que, simplemente, se contempla a súa existencia, conferíndolle a cada concello a potestade de establecela no marco da súa autonomía local. É certo, polo tanto, que a exención só existe porque o Concello de Vigo optou (calquera que fose a motivación concreta) por establecela na Ordenanza fiscal do IBI. Non obstante, tal potestade debe exercerse con respecto ás previsións legais do TRLFL, como lembra o TS na Sentenza do 19 de maio de 2014.

E, chegados a este punto, o que debemos resolver é o alcance de tales previsións, para o cal convén precisar que sobre o inmovible en cuestión concorren dúas titularidades con acceso ao catastro: a da sociedade actora que é titular dun dereito de concesión sobre o inmovible, como adxudicataria do contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación de determinados servizos non clínicos, de carácter accesorio respecto ao servizo público sanitario ao que está adscrita a sociedade concesionaria Novo Hospital de Vigo, e a do SERGAS, propietario do 100% do inmovible.

Sucede que, conforme o artigo 61.2 do TRLFL, a realización do feito imponible pola titularidade da concesión que lle corresponde á demandante determina a non suxeición do inmovible ás restantes modalidades de realización do feito imponible, en concreto, a do apartado 1.e), dereito de propiedade que é a titularidade que posúe o SERGAS. Sacando a colación o manifestado na sentenza desta sala, ditada no recurso de apelación 15011/2018, recordaremos que o TRLFL habilita a corporación local para o establecemento da exención que se prevé para os bens de que sexan titulares os centros sanitarios de titularidade pública, sempre que estean directamente afectados ao cumprimento dos fins específicos dos referidos centros. Configúrase pois no texto legal como unha exención obxectiva, ben que suxeita a requisitos subxectivos (deben ser titulares de tales bens os centros sanitarios de titularidade pública) e finalistas (afección ao servizo), remitíndose á OF para a regulación dos restantes aspectos substantivos e formais, dentro dos que se atopa o carácter rogado ou automático de exención. No texto inicial da OF o Concello de Vigo no exercicio de tal potestade limitou a exención aos centros sanitarios de titularidade do SERGAS e, temporalmente, os construídos a partir do 1/1/2007.

Con esta redacción, a sala entendeu que a OF regulaba a exención sen exixir que o centro sanitario de titularidade pública, ademais de titular do inmovible, fose suxeito pasivo do imposto.

Este requisito si se establece na modificación impugnada, limitando ademais os centros sanitarios aos de atención primaria de saúde a cargo do persoal funcionario ou estatutario da Administración pública.

A controversia céntrase agora en determinar se tales limitacións atopan amparo na habilitación legal do concello para a regulación dos “restantes requisitos substantivos e formais”.

As sentenzas que se citan en apoio da tese da Administración local refírense a exencións subxectivas ou bonificacións, pero resultan perfectamente aplicables á exención controvertida en canto ao alcance da habilitación legal. E é que os requisitos que exige o TRLFL para establecer a exención (a favor de inmobles de que sexan titulares centros sanitarios de titularidade pública e afectos ao servizo sanitario) limitan a autonomía local que ha de asumir na regulación da exención tales requisitos, o cal non obsta ao establecemento doutros que acouten o ámbito de aplicación a inmobles que, ademais de cumpriren as exixencias legais, satisfagan as previstas na OF. É dicir, que a previsión polo TRLFL daqueles requisitos non supón que, de establecer na OF a exención, o concello deba facelo a favor de todos os inmobles que de que sexan titulares centros sanitarios de titularidade pública e afectos ao servizo sanitario, pois, de ser así, non tería sentido a habilitación legal para a regulación dos restantes requisitos substantivos e formais, entre os que se atopan, polo tanto, non só o carácter rogado ou automático da exención, senón tamén as limitacións introducidas na modificación impugnada: que o SERGAS ademais de ser titular do inmovible afecto ao servizo sanitario de atención primaria teña a condición de suxeito pasivo do IBI.

En consecuencia, procede desestimar o recurso sen prexuízo de que as consecuencias que, se é o caso, deriven do incumprimento do convenio marco sexan depuradas pola interesada acudindo á vía pertinente».

7.2 Taxas imputables aos concellos por ocupación do dominio público portuario con vías de uso xeral

As sentenzas do TS do 19 de maio de 2020 (recs. 2822/2017 e 2829/2017, relator: Maurandi Guillén) ratifican a procedencia da taxa liquidada por un porto de interese xeral a un concello polo uso do dominio público estatal consistente na circulación do tráfico xeral de vehículos por vías en solo pertencente á Administración portuaria, coas seguintes conclusións:

«(...) O concello non xustificou que se producise ningunha modalidade de desafectación ou mutación demanial, seguindo as vías legalmente establecidas para iso, pola cal o terreo de que se vén falando deixase de ser dominio público portuario estatal para pasar a converterse en ben de dominio público municipal. (...)

1. – As taxas, segundo a definición que delas efectúan os artigos 2.2.a) da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, art. 2 (06/03/2011) e art. 6 (01/07/2004) da Lei 8/1989, do 13 de abril, de taxas e prezos públicos son, en primeiro lugar, unha clase de tributo; e, en segundo lugar, teñen como elemento diferenciador, en relación con outros tributos, o feito imponible, que está constituído pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público, ou pola prestación de servizos ou a realización de actividades

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

en réxime de dereito público que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular o obrigado tributario.

Estas dúas notas que acaban de expresarse xa permiten estas dúas primeiras declaracións sobre as taxas: (i) a operatividade nelas do principio de capacidade económica, ao estar proclamado polo artigo 31.1 CE para a totalidade do sistema tributario; e (ii) exixen necesariamente para a súa devindicación ese elemento fáctico que as singulariza fronte a outras figuras tributarias, constituído ben por un uso privativo ou especial de bens demaniais, ben por unha actividade administrativa, referidos un ou outro feito ao obrigado tributario.

E esta segunda declaración debe completarse sinalando que para a devindicación da taxa non basta con ponderar unha situación de capacidade económica no obrigado, pois se, por parte deste, non concorre o feito dun uso demanial, ou o da súa afectación por unha actividade administrativa, tampouco hai taxa; sendo isto último o que levou a que lle fose atribuído un carácter bilateral á relación tributaria que xera a taxa e tamén se destacase que o presuposto de feito desta figura, a diferenza do correspondente ao imposto, non presenta unha estrutura contributiva.

2. – O beneficiario da utilización privativa do dominio público que ha de resultar gravado coa taxa pode ser unha persoa particular ou un ente público diferente daquel outro que posúa a titularidade sobre o ben demanial cuxa utilización privativa resulta gravada; isto é, ese beneficiario pode ser un ente público que careza de toda competencia ou dispoñibilidade sobre o uso do dito ben demanial.

3. – O que se acaba de afirmar supón que, nos casos en que se está ante un ben do dominio público portuario estatal, e o concello onde tal ben se atopa quere adquirir a dispoñibilidade da súa utilización para destinar ese ben a calquera uso que conveña aos intereses públicos cuxa atención é competencia do municipio, o dito ente local terá que obter esa dispoñibilidade da Autoridade Portuaria a través do correspondente título concesional; e terá que facer efectiva a esa Autoridade Portuaria a contraprestación normativamente prevista para a utilización así obtida do ben do demanio portuario estatal.

4. – O anterior, visto desde a perspectiva da utilización privativa que constitúe o feito imponible dunha taxa portuaria, significa o seguinte: que haberá utilización privativa, gravable mediante esa específica clase de taxa, sempre que o ente público titular do ben demanial portuario quede privado de toda posibilidade de uso do dito ben por ter sido outorgado a unha persoa ou ente distinto; e sendo indiferente a aplicación ou destino a que dedique o ben demanial portuario esoutro ente público, distinto da autoridade portuaria, que obtivese desta a dispoñibilidade do uso a través da correspondente concesión.

5. – A obriga do pagamento da taxa deberá manterse mentres os terreos cuxa utilización é obxecto dese gravame conserven o seu carácter de dominio público portuario estatal, e ata que se convertan en bens do dominio público local a través das vías legalmente previstas para esta mutación.

6. – Na situación que acaba de describirse si hai unha manifestación de riqueza cuxo gravame resulta compatible co principio constitucional de capacidade económica do artigo 31 CE; pois a posibilidade de uso do ben do demanio portuario estatal, que ao concello lle outorga a autoridade portuaria, é unha magnitude economicamente avaliabile que significa para o devandito ente local unha vantaxe desa natureza».

8 Turismo

8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporais. Prohibición de cesión por cuartos

O TS (Secc. 3ª), na súa Sentenza do 1 de xuño de 2020 (rec. 4124/2018, relator: Espín Templado), confirma en casación a Sentenza do TSXG desestimatoria dos recursos interpostos pola Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia e a Administración xeral do Estado contra determinadas restricións establecidas no Decreto da Xunta de Galicia 12/2017, do 26 de xaneiro, polo que se establece a ordenación de apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia.

O Alto Tribunal ratifica a procedencia da limitación temporal do aloxamento turístico a un máximo de tres meses exixida no artigo 9.1 do decreto impugnado, considerando que:

«(...) debe ser interpretada non como unha prohibición propiamente tal, senón como un límite para os arrendamentos turísticos regulados no decreto. A consecuencia, polo tanto, é que un arrendamento por tempo superior de apartamentos ou vivendas turísticas quedaría fóra da regulación que examinamos, sen que resulte pertinente neste punto pronunciarse sobre o réxime xurídico preciso que lle sería aplicable a semellante arrendamento. A similar conclusión chegamos tamén na nosa Sentenza do 20 de setembro de 2019 (RC 2861/2018, deliberado conxuntamente con este) relativa ao réxime das vivendas turísticas en Castela e León (...) a prestación do servizo de hospedaxe debe ter carácter temporal, de modo que a fixación do límite de duración (...), pola súa propia natureza, non pode considerarse como unha restrición ilexítima ao exercicio da actividade, e, por iso, non require unha xustificación específica de obedecer a razóns imperiosas de interese xeral».

Desestima así mesmo o argumento impugnatorio dirixido fronte á prohibición de cesión por cuartos (artigos 4.2 e 5.1) –nó gordiano do litixio– co seguinte razoamento:

«(...) a protección dos usuarios turísticos e a garantía e a sustentabilidade dunha actividade turística de calidade poden considerarse unha xustificación de interese xeral que ampare determinadas restricións contidas na ordenación do turismo efectuada pola lei. Entre elas, a de que a oferta de vivendas turísticas e de uso turístico teñan que alugarse na súa totalidade, tendo en conta que a posibilidade de alugar cuartos só existe na ordenación de Galicia tanto nas modalidades tradicionais de aloxamento (hoteis, pensións e similares) como –o que é máis relevante na perspectiva desde a que se realiza este exame– en alugueiros particulares fóra da normativa turística. Así pois, nun ámbito circunscrito dese xeito a unha soa modalidade de alugueiro e coa finalidade de que esta poida manter unha maior calidade e protección dos usuarios, a exclusión do alugueiro por cuartos pode considerarse unha regulación admisible e proporcionada desde a perspectiva da Lei de garantía da unidade de mercado e da Directiva de servizos.

Queda só destacar que esta conclusión, aparentemente oposta á que chegamos no caso de Canarias, é consecuencia das diferentes circunstancias en que xurdiron os dous supostos.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Como xa dixemos, naquel suposto impugnábanse unhas sentenzas que anularan unha medida semellante imposta mediante decreto e sen un apoio explícito na lei reguladora do turismo nesa comunidade autónoma, sen que esta sala considerase aceptables as razóns dadas para xustificar tal restrición regulamentaria. (...) Pola contra, neste suposto entendemos que a finalidade da medida ofrecida polo lexislador autonómico, principalmente a mellor garantía dos dereitos dos usuarios e o fomento dunha oferta turística de calidade, no contexto das amplas posibilidades de alugueiro por cuartos que se admiten noutras modalidades de arrendamentos, tanto entre as tradicionais consideradas pola propia lei como fóra desta en contratos non sometidos á regulación turística, permiten entender que a exclusión do arrendamento separado por cuartos nas vivendas turísticas e de uso turístico se axusta a dereito».

E confirma, por último, a habilitación dos concellos para prohibir ou limitar o número de vivendas dedicadas ao aloxamento turístico (artigo 5.6), xa que:

«(...) non se impón a dita limitación de xeito efectivo, senón que, tal como se expresou, se autoriza os concellos a facelo. Será polo tanto a posible limitación establecida por un concello a que terá que ser sometida a un escrutinio estrito desde a perspectiva da garantía do mercado e a competencia. Ou, dito doutra forma, non é posible excluír a priori que nun determinado concello concorran circunstancias que poidan constituír unha razón imperiosa de interese xeral para limitar o número de vivendas de uso turístico. Non procede formular aquí hipóteses ou previsións sobre que circunstancias puidesen chegar a xustificar unha medida limitativa como a que se cuestiona, pois basta neste litixio con constatar que non se prevé unha limitación ou restrición concreta á actividade económica sobre as vivendas de uso turístico. Non é polo tanto unha medida que poida compararse, como fai a demandante, coa prohibición canaria de vivendas vacacionais en zona turística que esta sala declarou contraria a dereito na Sentenza do 12 de decembro de 2018 (RC 4959/2017)».

8.2 Declaración de zona de grande afluencia turística. Compatibilidade de limitacións horarias e comerciais coa Directiva de servizos

A Sentenza do TS do 18 de maio de 2020 (rec. 362/2019, relator: Del Riego Valledor) confirma a de instancia do TSXG, desestimando o recurso promovido pola Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) fronte á resolución do 15 de xullo de 2016 da Consellería de Economía da Xunta de Galicia, pola que se aprobou a proposta motivada dun concello de declaración de determinadas áreas do seu municipio como zona de grande afluencia turística (DOG de 21/07/2016). Fíxanse nesta sentenza os seguintes criterios xurisprudenciais:

«i) As limitacións territoriais ou temporais na declaración de zona de grande afluencia turística, que restrinxan o principio xeral que proclama o artigo 5.1 da Lei 1/2004, do 21 de decembro, de horarios comerciais, de liberdade para determinar os días e horas da súa actividade comercial recoñecida aos establecementos instalados en zonas que teñan esa cualificación, han de considerarse restricións ou limitacións ao exercicio dunha actividade económica, para os efectos de aplicación do artigo 5 da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía de unidade de mercado.

ii) A suxeición dos poderes públicos autonómicos ás exixencias do artigo 5 da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, supón que o establecemento por estes de límites ao exercicio dunha actividade económica deberá estar motivada na salvagarda dalgunha razón imperiosa de interese xeral de entre as comprendidas no artigo 3.11 da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio».

Conclúe tamén o tribunal que:

«(...) o acordo de declaración de zona de grande afluencia turística de Vigo deu cumprimento á exixencia do artigo 5.4 da LHC de xustificar as restricións territoriais e temporais de acordo cos intereses comerciais, turísticos e en beneficio do consumidor, e este beneficio do consumidor é coincidente coa protección dos dereitos dos consumidores e dos destinatarios dos servizos, que se inclúe na lista pechada de razóns imperiosas de interese xeral do artigo 3.11 da Lei de servizos (...) expresa a Lei galega 13/2006, de horarios comerciais, as razóns que xustifican a súa específica regulación en materia de horarios comerciais, consistentes, entre outras, na importancia da presenza do comercio polo miúdo na vertebración das vilas, cidades e barrios, a súa contribución á súa habitabilidade e seguridade, a protección das persoas que pola súa idade e outras circunstancias teñen dificultades de mobilidade, a axuda na loita contra a desertización e o desemprego e a conciliación da vida familiar e laboral (...).

A necesidade das limitacións territoriais e temporais incorporadas pola Administración galega na declaración de zona de grande afluencia turística a que se refire este recurso atopa a súa xustificación nas razóns imperiosas de interese xeral expostas.

En canto á proporcionalidade das limitacións, a sala considera que non pode discutirse no que se refire ás limitacións de orde temporal, xa que a declaración de zona de grande afluencia turística impugnada reconece a liberdade de horarios durante todos os domingos e festivos do ano, coa única restrición de que o horario comercial se estenderá ata as 22.00 horas, sendo tal restrición de moi reducida entidade en relación cos fins perseguidos, ademais da circunstancia apreciada pola sentenza impugnada, que (FX 5º) atopa xustificada a restrición temporal porque ese horario de ata as 22.00 horas razoablemente será coincidente coa franxa horaria en que hai máis afluencia de visitantes.

Tamén lle parece á sala que se cumpre o requisito de proporcionalidade das limitacións territoriais da declaración de zona de grande interese turístico, á vista da apreciación da sentenza impugnada, con valor de feito probado, que destaca (FX 4º), a partir dos informes existentes nas actuacións, que as áreas ás cales se limita a declaración, que son Vigo histórico e o barrio histórico de Bouzas, constitúen “o principal foco turístico da cidade, onde se concentran os recursos artísticos, culturais e monumentais que atraen os turistas”, de forma que, como acertadamente sinala a sentenza impugnada, “o valor específico destas zonas si pode xustificar unha delimitación xeográfica como a que se recolle no acordo impugnado”».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

9 Universidades

9.1 Prelación para a elección de docencia do profesorado contratado doutor sobre o funcionario non doutor

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de febreiro de 2020 (rec. 153/2019, relator: López González), anula o criterio de prelación para a elección de docencia establecido nas Normas de elaboración do Plan de Ordenación Docente (POD) da Universidade de Vigo para o curso 2019/2020, segundo o cal, en caso de conflito, se fai prevalecer o Profesorado Contratado Doutor sobre o Profesorado Titular de Escola Universitaria non Doutor, cos seguintes argumentos:

«(...) No sistema docente universitario conviven, tras a reforma operada na Lei orgánica 1/2006, de universidades, pola Lei 4/2007, persoal funcional e persoal contratado de forma indefinida. Non pode obviarse que a nosa organización de emprego público, tal como se diseña na Constitución e no Estatuto básico do empregado público, é un sistema de base funcional onde os funcionarios públicos, por razón das súas funcións e a necesidade de garantir a súa imparcialidade dentro e fóra da organización administrativa, gozan dun estatuto sometido a reserva legal, e así o declarou o Tribunal Constitucional en distintas ocasións, por todas a Sentenza 99/87, do 11 de xuño.

O noso sistema de función pública constitúe unha institución básica da organización xurídico-pública do Estado, asentada en principios básicos constitucionalmente recollidos.

O EBEP é boa mostra diso e así trata de asegurar a inmovilidade dos funcionarios xunto co mérito e a capacidade como principios que o artigo 23 da Constitución establece para seleccionar a quen lle vai ser encomendada a tutela do interese xeral no exercicio de funcións públicas. Certamente, non se pode discutir que a existencia de empregados públicos en réxime laboral está recollida no EBEP, previsión que, ao noso xuízo, establece un criterio residual en relación coa necesidade de que determinados postos en que se exercen funcións públicas se reserven a funcionarios públicos. É este o momento de sinalar que no acceso do persoal funcional se aprecian maiores exixencias de rigor na aplicación dos principios de igualdade, mérito e capacidade que cando a selección se realiza de persoal laboral. Non en van, deséñanse sistemas de accesos distintos nun e outro caso.

Desde esta perspectiva, non cabe dúbida de que a pertenza a un corpo docente supón unha vinculación cualificada en relación cos principios descritos e demostrativa dun criterio de selección rigoroso que ademais, no caso da pertenza aos corpos docentes, exige unha dobre fase, non só coa superación do proceso selectivo na propia universidade onde se exerce a función docente, senón tamén mediante un proceso previo de habilitación nacional.

O acordo impugnado fai pivotar a preferencia na elección de docencia na posesión ou non do grao de doutor. Como é sobradamente coñecido, trátase da titulación máxima no ámbito universitario e ligada sobre todo á investigación, pero que, a xuízo desta sala, non pode supor un criterio de preferencia absoluto en relación co desempeño de funcións docentes. Do acordo impugnado deriva esa preferencia do profesor doutor, sexa ou non funcionario. A postergación dos profesores titulares non doutores fronte aos profesores

contratados doutores, primando o grao de doutor como elemento de prevalencia, podía levar mesmo a xustificar non só que un profesor contratado non doutor tivese prevalencia sobre un titular de escola non doutor, senón tamén a prevalencia do contratado laboral fixo doutor sobre titular doutor, sendo ambos os dous doutores, mesmo tamén o contratado laboral temporal doutor sobre titular non doutor. É dicir, o criterio de atribución de prevalencia é a posesión do grao de doutor e non a vinculación permanente ou non do profesor, tal como pretende defender o escrito de contestación á demanda (...).

A pertenza a estes corpos, sexa como catedrático ou como profesor titular, engade un valor que é o propio dos funcionarios públicos de carreira, que non pode ser descoñecido pola norma litixiosa, que prescinde deste na forma máis arriba descrita.

Non cabe dúbida de que a impartición de ensinanzas en terceiro ciclo pode quedar excluída para os profesores pertencentes a corpos docentes que non teñan o grao de doutor, precisamente polas razóns expostas, pero sen que iso poida supor as limitacións que nos outros dous ciclos recolle o acordo impugnado, e que tampouco podería facer aos profesores titulares doutores ser postergados polos contratados doutores.

Certamente o art. 56.1 da Lei 6/2001, establecía que os profesores titulares das escolas universitarias terán con carácter xeral plena capacidade docente ao que se engade a investigadora cando tamén estivesen en posesión do título de doutor. A reforma operada neste precepto pola Lei orgánica 4/2007 non pode descoñecer que haxa funcionarios pertencentes a eses corpos que non sexan doutores e aos que precisamente a disposición adicional segunda desa lei reformadora garante que permanezan na súa situación actual, mantendo todos os seus dereitos e conservando a súa plena capacidade docente.

Estas circunstancias descritas fan irracional, nos termos do propio escrito de contestación á demanda, a orde de prevalencia contida no acordo litixioso que pospón uns funcionarios docentes en relación a uns contratados indefinidos, sobre a base de que se posúa ou non a titulación ou o grao de doutor, motivo este que determina a nulidade do acordo impugnado, conforme o previsto no artigo 47.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, en relación cos artigos 9.3 da Constitución e demais preceptos sinalados, así como coa doutrina xurisprudencial antes exposta».

9.2 Estatuto do persoal investigador predoutoral en formación

A Sentenza do TS do 16 de xuño de 2020 (rec. 195/2019, relator: Rodríguez-Zapata) desestima o recurso contencioso-administrativo interposto por unha universidade galega contra o Real decreto 103/1019, do 1 de marzo, aprobatorio do Estatuto do persoal investigador predoutoral (BOE do 15/03/2019).

Tal como se indica na sentenza: «O dito real decreto ditouse en desenvolvemento da Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación, que, no seu artigo 20, establece tres modalidades de contrato de traballo específicas do persoal investigador: o contrato predoutoral, o contrato de acceso ao sistema español de ciencia, tecnoloxía e innovación e o contrato de investigador distinguido.

A norma que se impugna desenvolve regulamentariamente o artigo 21 da lei e, de acordo co dito precepto, regula un contrato predoutoral que ten por obxecto a realización

de tarefas de investigación, no ámbito dun proxecto específico e novidoso, polos que estean en posesión do título de licenciado, enxeñeiro, arquitecto, graduado universitario con grao de polo menos 300 créditos ECTS (acrónimo de European Credit Transfer System) ou máster universitario, ou equivalente, e fosen admitidos a un programa de doutoramento. Este persoal terá a consideración de persoal investigador predoutoral en formación.

O real decreto desenvolve a relación laboral establecida mediante ese novo contrato predoutoral que se subscribe por escrito entre o persoal investigador predoutoral en formación e as entidades públicas (do artigo 20.2 da lei) ou privadas (da súa disposición adicional primeira) (...).

O artigo 7 do real decreto regula as retribucións dos contratos predoutorais e establece o seguinte:

“1. A retribución deste contrato non poderá ser inferior ao 56 por 100 do salario fixado para as categorías equivalentes nos convenios colectivos do seu ámbito de aplicación durante os dous primeiros anos, ao 60 por 100 durante o terceiro ano, e ao 75 por 100 durante o cuarto ano. Tampouco poderá ser inferior ao salario mínimo interprofesional que se estableza cada ano, segundo o artigo 27 do Texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores.

2. Para o establecemento das retribucións anteriores tomarase como referencia mínima a categoría correspondente ao Grupo 1 de persoal laboral da táboa salarial recollida no convenio único de persoal laboral da Administración xeral do Estado.

3. A aplicación da cantidade anual resultante tamén se poderá computar ao período total do contrato predoutoral de catro anos».

A sentenza desestima o recurso considerando que:

«o proxecto ten un impacto económico positivo, porque establece unha redución do 30% da cota empresarial da Seguridade Social por continxencias comúns na cotización relativa ao persoal investigador predoutoral en formación contratado baixo a modalidade de contrato predoutoral establecida no artigo 21 da Lei 14/2011, do 1 de xuño. Esta quedará acollida ao Réxime Xeral da Seguridade Social en concordancia coa disposición adicional décimo oitava da dita lei (disposición adicional única).

A queixa afecta ao impacto orzamentario, pero resulta tamén que non o ten para o exercicio para o que se ditou, porque –como opón o avogado do Estado– séguense mantendo as retribucións económicas vixentes ata a data, que se seguen aboando nas nóminas dos diversos organismos. A universidade recorrente fai fincapé por iso nas observacións do Consello de Estado, que cre que amparan a súa posición, e apunta unha deficiencia dos informes existentes. É obvio que as reflexións do ditame do alto corpo consultivo son meras consideracións que non teñen carácter esencial para a decisión do consultante, como o demostra a fórmula “unha vez consideradas” coa que conclúe o ditame respecto do acollemento ou non das súas mesmas observacións. Así o entendeu, sen dúbida, o Goberno, que expediu o real decreto “de acordo co Consello de Estado, o que esta sala non entende obxectable”.

O esforzo de argumentación da recorrente enérvase de todo se se atende, en fin, ás alegacións do avogado do Estado que subliñan que o decreto entrou en vigor o 16 de marzo de 2019, que non é retroactivo e que cómpre lembrar a disposición transitoria cuarta da Lei

14/2011, do 1 de xuño, sen prexuízo do que resulte de cada particular contrato ou da súa modificación por convenio colectivo ou pacto singular. O certo é que, con esa interpretación, que é factible, se pode soste r validamente que o real decreto non supuña incremento de gasto público nin incremento orzamentario para os contratos xa asinados. E, mesmo, que, respecto dos futuros, haberá que observar a dotación que se estableza en orzamentos e o que dispoña cada entidade empregadora en exercicio da súa autonomía universitaria, o que non ten nada que ver co real decreto. A causa de nulidade non prospera.

Todo iso sen que este tribunal terce para resolver, nun sentido ou noutro, no que son simples dúbidas de interpretación da norma, que non debe esclarecer un órgano xurisdiccional, que non é un órgano consultivo, sendo suficiente, para os efectos que nos interesan, que non prosperan porque se formulan como unha causa de nulidade formal que non se pode acoller.

O real decreto expediuse cunha memoria económica, non son de aplicación as dúas sentenzas desta sala que se invocan e, como xa se dixo, o ditame emitido polo Consello de Estado tampouco apoia a interpretación da recorrente».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Regap

Recensiones

3

Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el liberalismo incipiente



FRANCISCO VILA CONDE

Universidade Autónoma de Madrid
franvilaconde@hotmail.com

Recibido: 01/07/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4563>

Regap



RECENSIONES

SOSA WAGNER, F.: *Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el liberalismo incipiente*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 268. ISBN: 978-84-9123-776-1¹.

Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico é o título da última obra do profesor Francisco Sosa Wagner, un libro que, malia a abraiante cantidade de datos e precisións históricas, é, como adoita ser habitual nas súas obras, de lectura áxil, grazas a unha prosa fina e entretida, elegante e pracenteira. Este libro inscríbese nunha saga, empezada con *Maestros alemanes del Derecho público*, continuada con *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, ao que seguiu *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975*, que trata de achegar o lector español á Historia alemá e ao seu dereito público. Esta última obra é, quizais, a menos alemá de todas e, asemade, a máis difícil de relatar pola cantidade de séculos de vixencia do coloso que describe: o Sacro Imperio Romano Xermánico.

O ensaio pode dividirse en dúas partes, que poderían constituír dous libros independentes. A primeira está formada polos capítulos 1 e 7. A segunda, polos capítulos

¹ Recensión escrita sendo destinatario o seu autor dunha Axuda para o Fomento da Investigación en Estudos de Máster-UAM 2019.

2 a 6, onde narra as peripecias vitais de Maximilian Joseph Montgelas, auténtico «rei na sombra» do Reino de Baviera. Vaiamos por partes.

Tanto o primeiro capítulo da obra como o último (capítulo 7) narran a Historia do Sacro Imperio. A diferenza estriba en que o último o fai desde o *jus publicum* e os autores que foron decisivos para a súa formación. O capítulo primeiro, pola súa banda, comeza cunha interesantísima digresión que trata de cualificar, de definir, que tipo de forma político-histórica foi o Sacro Imperio. O autor sinala que «o Sacro Imperio non foi un *Estado territorial*, senón máis ben unha combinación de persoas, institucións, corporacións que cambiaba ao fío de guerras (...). Á súa fronte atopábase o emperador representando, dun xeito simbólico, a unidade e a lexitimidade dun conxunto vaporoso».

Esta forma política, nacida entre auga bendita, efectivamente non foi, nin tampouco podía ser, un Estado. Aínda que a formación do Estado foi un proceso agregativo, lento e progresivo, onde quen desempeñaba o poder estatal foi absorbendo o resto de poderes intermedios ata se converter en soberano (poder absoluto que non está sometido a ningún outro e ao que todos se subordinan, caracterizado pola unidade de acción e decisión, á vez que pacificador dos conflitos xurdidos no territorio sobre o que se proxecta ao posuír el, e só el, o Estado, o monopolio lexítimo da violencia), non é menos certo que a forma política estatal xorde na modernidade a partir da Reforma, sen prexuízo do precedente de Federico II de Suabia, alá polo século XIII. O Estado nace coa afirmación do particularismo, representado polos Estados, fronte ao universalismo representado pola Igrexa e, precisamente, o Sacro Imperio.

Polo tanto, a precisión feita polo profesor é clara e pertinente, xa que deslinda a forma estatal da forma política que constituía o Sacro Imperio. Como se deduce da anterior referencia, o Sacro Imperio xamais tivo un poder central forte, senón que se trataba dun emperador, cuasinominal, que era incapaz de controlar os conflitos internos entre os centos de principados, ducados e condados en que o Imperio se dividía. O Sacro Imperio non foi capaz de ter un exército de seu independente dos exércitos dos principados que o conformaban, os cales só se unían para loitar fronte a un inimigo común (Imperio otomán) e que, á falta deste, se dedicaban a guerrear entre eles. O autor achaca a debilidade do poder do emperador ao que denomina a «pegada de Augsburgo». É dicir, os sucesivos emperadores pertencentes a esta dinastía en nada contribuíron a centralizar e fortalecer o poder imperial, senón que, a través das sucesivas «capitulacións» que asinaba o emperador electo (porque no Sacro Imperio os emperadores debían ser elixidos) cos diferentes principados, estes últimos gañaban cada vez máis poder en detrimento do poder central (algo similar á España actual). Que caro sae obter o poder!

Coa chegada da Reforma (século XVI), o poder central do emperador debilitouse máis aínda. Bótase en falta, quizais, que o profesor Sosa Wagner non fixese unha reflexión, á luz da Historia do Sacro Imperio, de se a Igrexa non obtivo o seu xusto pagamento cando os Estados xurdidos da Paz de Westfalia (1648) negan o poder do bispo de Roma. A saber, a debilidade do Imperio ten unha razón que, ao meu xuízo, é esencial: o pau nas rodas co que se atopaba o emperador sempre que quería fortalecer

o seu poder. Ese pau nas rodas tiña nome e apelido, e non era outro que o dos sucesivos papas que ocuparon a cadeira de San Pedro. Na Alta Idade Media, a *respublica* ou *societas christiana* apoiábase en dúas espadas: o Imperio, *sacro*, e a Igrexa, *sancta*. Esta república cristiá era universal en acto e en potencia. En acto, porque abrangía todos os pobos de Occidente; en potencia, porque tiña como fin a evanxelización de todo o xénero humano. A república cristiá viuse periclitada principalmente porque a *Sancta Ecclesia*, despois do emperador Federico Barbarroxa (1123–1190), declarou exentos do poder imperial determinados territorios (España, Francia e Inglaterra), e outros territorios que seguían formando parte do Imperio estaban gobernados por un eclesiástico (bispo) que lle debía obediencia ao papa antes que ao emperador. A Igrexa foi quen puxo o xerme do particularismo fronte ao universalismo do emperador. Por conseguinte, nunha sorte de graza *divina*, cando, despois da Reforma, os diferentes reis afirman a súa relixión (reformada) e o particularismo estatal fronte á Igrexa, non fixeron senón devolverlle a moeda con que ela lle pagara ao Imperio. A chegada da Reforma significou, deste xeito, que o mundo occidental se convertese nun pluriverso de Estados. O poder do emperador viuse máis limitado aínda. Como de maneira atinada sinala o profesor: «Moi resumidamente pode afirmarse que a historia do Sacro Imperio é a do enfrontamento entre o *káiser* e os príncipes territoriais e mais o condimento que engadían as ambicións pertinaces da Igrexa».

No medio da lea descrita, a institución que mellor representou a unidade do Imperio foron os tribunais de xustiza imperiais: o *Reichshofrat* e o *Reichskammergericht*. Nunca destacados por unha atribución de competencias claras entre un e outro nin tampouco pola rapidez con que resolvían os litixios, porén, «non se comprende o dereito público alemán se non se ten en conta o labor despregado por estes tribunais tanto pola forma de resolver os preitos ante eles formulados coas súas argumentacións inacabables e puntillosas como polo que significou a súa importante contribución á formación dos xuristas das universidades». Das palabras do autor infírese que estes tribunais de xustiza, con todas as súas limitacións, son o máis destacable dunha forma política por momentos irrecoñecible. Non exentos de acusacións de corrupción aos xuíces que os compuñan, os dous tribunais foron, non obstante, os que «sempre obtiveron o aplauso medido (ao convivir con burlas populares pouco indulxentes) pero expresivo por representar, mellor que ningunha outra institución, a unidade e utilidade do *Reich*».

O capítulo 7 do libro, que como adiantamos é a continuación do primeiro capítulo, é tremendamente instrutivo para o interesado no dereito público. O segundo parágrafo do capítulo contén unha sentenza diáfana, expresiva e contundente: «Alí onde hai unha autoridade, alí acaba habendo dereito público». Con esta referencia deberían empezar todas as clases de dereito no primeiro ano de carreira. Ao longo do máis de medio centenar de páxinas que contén o capítulo, o autor demostra manexar conceptos clave como: *cuius regio, eius religio*, soberanía, *sine tributis nullus status*, etc., explicándoos desde os seus formuladores (Stephani, Bodino, Justus Lipsius) cunha soltura envexable. Resume, aclara e explica todos estes termos, que, insisto, calquera curioso polos conceptos xurídico-públicos conformadores da modernidade ten nestas páxinas un material preciso e precioso con que empezar a traballar.

Regap



RECENSIONES

O resto de capítulos da obra están destinados a achegar o lector español á figura de Maximilian Joseph Montgelas. Este suxeito naceu en Múnic en 1759. Estudou cos xesuítas, primeiro, e na Universidade de Estrasburgo, despois, entre 1770 e 1776. Nesta última cidade, coñecería personaxes tan descoñecidos como un tal Goethe, quen tamén cursaba dereito en Estrasburgo por aqueles anos. Montgelas foi, desde os seus anos como estudante, un apaixonado da Historia, pois, sinala o profesor Sosa Wagner, «a Historia ofrece ao tempo unha colección de experiencias para os políticos e unha canteira para a invocación de títulos xurídicos en preitos e disputas». Ao rematar a carreira, pertenceu aos famosos Iluminados de Baviera, «unha especie de masonaría, aínda que as dúas organizacións procuraron sempre manter ben separadas as súas particulares parroquias». Ser un iluminado, a pesar de renunciar ás organizacións secretas e mesmo chegar a prohibilas cando era triministro todopoderoso do Reino de Baviera, marcou para sempre a súa vida, pois foron constantes os ataques que recibiu por pertencer á dita organización.

O mozo Montgelas levábase extraordinariamente mal co príncipe elector de Baviera –Karl Theodor–, de xeito que foi parar ao pequeno ducado de Zweibrücken (un deses centos de principados, ducados e condados que compuñan o Sacro Imperio) á fronte do cal estaba Karl II. Á morte deste último, sucedeuno no ducado o duque Max, a quen Montgelas acompañará o resto da súa carreira como político. Á morte do odiado Karl Theodor (1799), o duque Max (Max IV Joseph) convértese en príncipe elector de Baviera e Montgelas séguese no seu novo destino.

Montgelas era un personaxe ilustrado, tiña unha biblioteca con miles e miles de libros e estaba disposto, primeiro en Zweibrücken e logo en Baviera, a facer as reformas necesarias. Foi un suxeito interesado en edificar un Estado neutral (secularizado) e despoxarse do vetusto Imperio que, aínda que materialmente, como se dixo, nunca tivo un poder forte efectivo, si era un lastre (bastante pesado) que Montgelas non estaba disposto a cargar. A fortuna sorriulle, en certo modo, cando Napoleón se dedicou a facer a guerra, a destro e sinistro, fronte a todo aquel que se opuña a Francia. Napoleón invade territorios do Imperio e, tras a *Acta concluínte da Dieta Imperial* de 1803, o Imperio salta polo aire. Xa en 1805, Baviera apoia a Napoleón fronte a Rusia, Inglaterra e Austria (si, o *Reich*), e ten a súa recompensa, xa que, coa Paz de 1805, Baviera, por primeira vez na Historia, se converte nun reino. Sobra dicir que detrás de todas estas artimañas estaba o ilustrado Montgelas. O profesor Sosa Wagner é bastante benévolo coa súa figura, pois, malia non dudar en cualificar –con razón– de lacaios todos aqueles alemáns (incluído algún bispo) que se puxeron ao servizo do francés, con Montgelas é bastante compracente. Non obstante, visto con perspectiva, non pode senón ser cualificado de sipaio, a pesar de que o autor sosteña –segundo os escritos do ilustrado– que, tanto na alianza con Francia como no seu abandono, actuou impulsado polo seu amor a Baviera e en servizo ao seu Estado».

Sentando o precedente, como gobernante bávaro levou a cabo unha serie de reformas recollidas nos capítulos 4 e 5: reformas na estrutura política a favor da secularización, educación obrigatoria, etc. O máis interesante da súa figura é o intento de xuridificar o político como Estado moderno, é dicir, neutral, ao que todo se subordina

e que non pode recoñecer outro señorío no seu territorio que o seu propio. Dito doutro xeito, acabar cos corpos intermedios (Igrexa, principalmente) e que o Estado pase a exercer as funcións públicas que antes exercerían os ditos corpos (educación, beneficencia, etc.). Montgelas cría no Estado como racionalizador da orde política. Isto debía conseguirse con reformas que secularizasen a orde. Preocupáboo especialmente que puidese haber xente non sometida á xurisdición do Estado, como era o caso dos conventos, de aí que os puxese no seu punto de mira e tratase de rematar cos seus privilexios. Nun Estado neutral e moderno todos son súbditos e atópanse sometidos á soberanía do Estado. Polo tanto, os bispos, como calquera outro, son súbditos que deben someterse ao poder estatal. Montgelas non admitía a separación Igrexa e Estado, senón que defendía «a súa incorporación [a da Igrexa] no Estado a asegurarlle ao príncipe (...) a autoridade para despreñar dentro dela todos os atributos da súa soberanía». Estas ideas, sobra dicir, chocaron frontalmente co bispo de Roma e Montgelas non chegou a asinar un Concordato coa Igrexa; mais este si frutificaría en 1817, cando o ilustrado xa non estaba no poder. A citada norma, vixente durante un século, malia non levar a sinatura formal de Montgelas, si levaba a rúbrica material, pois consagrou o principio de igualdade entre confesións cristiás por el defendido.

En definitiva, o libro que nos presenta o profesor Sosa Wagner é especialmente interesante por dous motivos. Por un lado, a maneira de quintaesenciar os principais conceptos do dereito público conformadores da estatalidade. Por outro lado, achegar o lector á Historia do Sacro Imperio e de Montgelas, do cal, confeso, non tiña coñecemento ata ler esta obra. É un ensaio xurídico-histórico de gran calidade, como nos ten acostumados o autor, claro, rigoroso e escrito coa envexable pluma de quen é capaz de conxugar a xenialidade do novelista coa precisión do xurista.

Regap



RECENSIONES

El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos



DARÍO BADULES IGLESIAS

Investigador predoutoral FPU
Universidade de Zaragoza
Orcid 0000-0003-4907-5911
dbadules@unizar.es

Recibido: 15/04/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4300>

Regap



RECENSIONES

GARCÉS SANAGUSTÍN, Á.: *El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos*, Madrid, Iustel, 2020, 228 pp. ISBN 978-84-9890-379-9.

En ocasións, non é necesario escribir grandes tratados con sisudas disquisicións para dicir moito. A monografía que veño comentar é un exemplo diso. O Dr. Garcés Sanagustín, profesor titular de Dereito Administrativo da Universidade de Zaragoza, presenta nesta ocasión unha obra que podería ata denominarse íntima, dalgunha forma sentimental, pero non por iso carente dun gran rigor xurídico e tamén histórico.

Trátase dun libro que, como el mesmo recoñece, podería estar a medio camiño entre a monografía xurídica e o ensaio. Proba disto é que todo o texto aparece trufado de numerosísimas historias, de non menos opinións e de bastantes xiros literarios (en ocasións, ata novelescos) que fan a lectura amena, interesante, pero non por iso menos profunda.

A obra do profesor Garcés Sanagustín xira arredor da idea que el mesmo define como «Dereito da Historia». Este non debe confundirse coa análise histórica do dereito, senón que se aproximaría quizais máis a unha especie de análise xurídica da Historia, se é que isto é posible. E é que, como ben advirte o autor, o dereito estase a converter, duns anos a esta parte, nunha sorte de «sede para resolver querelas

históricas e conflitos entre historiadores» (p. 23), tendo como consecuencia que o pasado se volvese, dalgunha forma e a pesar do evidente oxímoro, «imprevisible».

Na súa opinión, os poderes públicos estarían a acuñar unha especie de *tertium genus*, os «actos simbólicos» (p. 28), de natureza dúctil, con dubidosa eficacia xurídica pero indubidables efectos políticos: «nalgunhas destas normas (...) –di– prima máis a pulsión por impor o relato duns feitos do pasado que o establecemento de normas con capacidade para crear ou modificar situacións ou posicións xurídicas concretas».

O xuízo ao que se estaría a someter esa magnitude do espazo-tempo que son os feitos pasados (e, xa que logo, polo menos de momento, inalterables) resultaría inadecuado se se realiza en sede xurídica. O dereito, como recorda, pretende mirar ao futuro, ordenar a vida de xeito prospectivo; non pode alterar o pasado. E iso mesmo, pretender alterar dalgunha forma o pasado, é o que, na súa opinión, virían representar os dous exemplos que estuda polo miúdo: o da memoria histórica e o dos dereitos históricos, ao estudo dos cales dedica os dous capítulos principais da obra.

O primeiro capítulo-ensaio versa sobre «a memoria histórica ou democrática». Tras unha inicial digresión conceptual –sobre as memorias, a memoria empírica, a colectiva, a histórica e a democrática– vén analizar as coñecidas como leis de memoria histórica estatal –Lei 52/2007, do 26 de decembro, pola que se recoñecen e amplían dereitos e se establecen medidas en favor dos que padeceron persecución ou violencia durante a Guerra Civil e a ditadura (LMH)– e as súas homólogas (e, algunhas, homónimas) autonómicas. O ton crítico con respecto a elas reloce en toda a obra. Ao seu parecer, «quizais a memoria histórica teña (...) moito de representación do pasado e de exaltación dos seus dramas» (p. 41). Non obstante, considera que o espírito inicial da LMH atendía ao recoñecemento e á non renuncia da Transición española (p. 43), polo que o problema residiría nos excesos posteriores, en pretender realizar unha «causa xeral histórica» (p. 45), non en pretender achar os restos dos familiares desaparecidos, propósito que aplaude e considera imprescindible.

Crítica, de xeito repetido, o feito de que o que chega a cualificar como «lexítimo dereito á arenga» (p. 46) dos representantes políticos se estea a converter en normas xurídicas de obrigado cumprimento, pero de dubidosos efectos. Volvemos, pois, a esa categoría etérea xa definida dos actos simbólicos. E é que, en boa medida, algúns dos problemas que suscitan estas leis veñen da man da natureza de determinadas concesións graciosas vinculadas ao tradicional dereito premial (recoñecementos, nomeamentos, medallas, nomenclátor de rúas, etc.). O lexislador debería tomar nota dalgunhas das reflexións do profesor Garcés Sanagustín neste punto: se se pretende, lexitimamente, alterar e revogar concesións dos devanditos actos de mérito, deben articularse os mecanismos oportunos para evitar a lesión de dereitos fundamentais dos interesados ou dos seus herdeiros, en especial o honor.

Pero non só se lles debe outorgar protección xurídica ao honor ou a outros dereitos, senón que tamén se debe ser restritivo en canto ao que se refire á alteración dos ditos honores, pois en ocasións pouco ou nada tiveron que ver cun pasado autoritario. Dito doutro xeito, lembra con tesón que non é o mesmo ter caído nun lado da Historia que

ser partícipe activo da represión e da comisión de atrocidades variadas: non hai que «confundir adversarios con verdugos» (p. 79).

Oponse con tesón á imposición dunha «visión monolítica e incontrovertible» (p. 70) dos feitos históricos, ata o punto de que calquera opinión disidente se estaría a ver abocada a un ostracismo. E é que estas leis estarían, segundo o seu parecer, impondo unha determinada visión da historia (p. 72), ata o punto de estar a asistir á chegada do que vén chamar un «novo dereito político».

Todo iso, por non falar de determinadas afeccións á autonomía local que leis autonómicas (como a aragonesa de memoria democrática) estarían a causar sobre as competencias dos municipios, especialmente no que se refire á denominación das súas vías ou o problema da insuficiencia do rango para a afectación a determinados dereitos fundamentais, en materia sancionadora, de condutas que afectan á liberdade de expresión.

Neste capítulo atoparase tamén unha análise bastante detallada dun acontecemento de grande actualidade, como foi a exhumación dos restos mortais do ditador Franco do Valle de los Caídos. En resumo, ve adecuada a disposición destes –con excepcións en canto, por exemplo, á urxencia ou necesidade– para a súa retirada do dito recinto; máis complicada, se non inadecuada, é na súa opinión a obrigatoria reinhumación nun lugar alleo á vontade da familia. Ve, en todo caso, nalgunhas das resolucións xudiciais que se substanciaron con ocasión desta controversia, manifestacións do Dereito da Historia, ao tratar de emitir xuízos xurídicos sobre eventos históricos.

Por outro lado, paréceme capital, por ir á medula mesma da cuestión, un recordatorio que, case de pasada, realiza: «os programas das facultades de dereito son un bo exemplo dese devir histórico, dese incesante troco de valores e principios». Máis alá do estudo da historia do dereito, considero imprescindible que na explicación dos programas actuais das materias do grao en dereito se estude a xénese das institucións que compoñen os ditos programas. Fraco favor lle faríamos ao alumnado se nos limitásemos a explicar a lexislación vixente como un mero compendio de normas, ou polo menos así o creo. A súa reivindicación dos clásicos (p. 107) iría nesta liña, pois no caso contrario poderíamos incorrer no que denominou a «prepotencia da posteridade».

O segundo capítulo-ensaio –titulado «Aragón e os dereitos históricos»– ten por obxecto a análise dunha cuestión espiñenta no que se refire á articulación territorial do poder. Non debe confundirse o feito de que o autor se refira con carácter preferente á situación de Aragón con que estea limitada a ela. Máis ben ao contrario: as reflexións desta parte da obra servirán para o estudo desa configuración da organización territorial e, en especial, as lexitimidades pretendidas por algúns (en particular, nacionalistas).

O reflexo desta parte pivota arredor da recente Lei aragonesa 8/2018, do 28 de xuño, de actualización dos dereitos históricos de Aragón –lei que quedou practicamente desintegrada na súa totalidade pola declaración de inconstitucionalidade de boa parte do seu articulado operada pola Sentenza do Tribunal Constitucional 158/2019– e á súa pretendida vontade de configurar unha lexitimidade xurídica alternativa á

regap



RECENSIONES

Constitución de 1978. Esta lei, en opinión do autor, sería unha desas «normas que pretenden crear (...) unha identidade histórica» (p. 116) a través do dereito.

Neste capítulo vanse esmiuzando boa parte dos preceptos (agora declarados inconstitucionais), cunha análise que xa avanzaba a súa contradición coa norma suprema: a pretendida dobre «nacionalidade» aragonesa, o uso da bandeira, os principios de interpretación das normas aragonesas, as institucións autonómicas..., en evidente conflito, todos eles, coas competencias estatais e estatutarias.

Cre o autor, acertadamente, que «os nosos actuais foros son precisamente a Constitución española, o estatuto de autonomía e a lexislación emanada da Unión Europea» (p. 125). E sostén, parafraseando a Hans Huber (na súa célebre expresión sobre a discrecionalidade), que «unha inadecuada e exaxerada interpretación da disposición adicional primeira [da Constitución] pode introducir un “cabalo de Troia” no noso sistema constitucional» (p. 131). Deberíamos pensar –pregúntome eu–, nesa sempre en voga reforma da Constitución, na supresión desta disposición adicional? Quizais o pacto federal sexa unha solución que garanta a igualdade de toda a cidadanía e, asemade, o mantemento das ditas prerrogativas –mal chamadas «dereitos históricos»– dos territorios. En palabras de Garcés Sanagustín: «A Historia non debería outorgar dereitos» (p. 195).

E é que, en ocasións, parece esquecerse que a revolución liberal iniciada en Francia e os Estados Unidos o que pretende é precisamente iso: acabar con vellos privilexios territoriais e recoñecer dereitos aos individuos, non aos territorios. De aí a estupefacción non só do autor, senón de moitos polo feito de que sexa a esquerda a que, en ocasións, máis defende esta cuestión dos «dereitos históricos». Sirva como exemplo que un dos maiores adais do tema foi o deputado conservador Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. De calquera xeito, desde a xeneralización do proceso autonómico, a cuestión dos dereitos históricos perdeu, en boa medida, o seu sentido, reducíndose dalgún modo a unha arelada –por algúns– autodeterminación á marxe da Constitución e, engado, un non menos importante pacto de carácter económico e fiscal cos dous únicos territorios que o Tribunal Constitucional considera forais, na súa restrinxida e antiliberal visión da foralidad. E é que, «en realidade, a descentralización acometida a través das comunidades autónomas provocou un autogoberno moito maior do que podían soñar os foralistas» (p. 181).

Nas reflexións finais propón algunhas cuestións innovadoras e atractivas. Entre outras, por exemplo, a reivindicación do pasado musulmán dos nosos territorios, como método de integración das poboacións inmigrantes de orixe árabe. Advirte tamén dos perigos de utilizar o relato histórico como propaganda (p. 166), pois iso pode conducir a unha deslexitimación do sistema actual que actúe como dinamita para as súas bases. E critica o aparente feito de que, no presente, parece só importar o Estado para a prestación de servizos e, mentres iso funcione, non se advirten «demasiadas preocupacións pola situación real do Estado de Dereito, a calidade da participación democrática ou a saúde da moral pública» (p. 178), nunha chamada de atención a unha cidadanía responsable e comprometida.

Conclúe, en fin, cun emotivo epílogo co relato de parte da súa historia familiar e persoal, que ben merece unha lectura. Esta monografía, en definitiva, resulta suxestiva e estimulante a partes iguais. Suscita numerosas cuestións abertas, moitas dúbidas e non menos suxestións e proposicións. É un campo fértil para futuras investigacións. En todo caso, o máis importante é que non consintamos que esta simbiose entre Dereito e Historia acabe «socavando algunhas das garantías esenciais do Estado de Dereito» (p. 32).

Regap



RECENSÍONS

El recurso de casación en materia tributaria



MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Avogada
Doutora en Dereito
Universidade de Vigo

Recibido: 10/03/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.163>

Regap



RECENSIONES

ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E.: *El recurso de casación en materia tributaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 723 pp. ISBN 978-84-9197-526-7.

A monografía obxecto de comentario é da autoría individual da doutora en Dereito Estefanía Álvarez Menéndez e trae causa, precisamente, da súa tese de doutoramento. Nela recóllese, precedido dun excelso prólogo redactado por Isabel García-Ovies Sarandeses, catedrática de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade de Oviedo, un detido e exhaustivo exame da temática, sempre de actualidade e pouco pacífica na doutrina, relativa ao recurso de casación contencioso-administrativo, particularmente no ámbito tributario e tras a reforma operada pola LO 7/2015, do 21 de xullo.

O protagonista do libro é, sen dúbida, o Tribunal Supremo. A autora pon o acento no estudo das peculiaridades das diferentes fases de tramitación do recurso de casación, tomando especialmente en consideración que a preparación e admisión resultan claves para a prosperabilidade do recurso. Porén, a obra non fica nunha mera exposición teórica de contidos xurídicos, senón que inclúe interesantes propostas *de lege ferenda*, referidas con singularidade ao sistema de recursos existente na xurisdición contencioso-administrativa e tomando como parangón os modelos e ideas do dereito comparado.

A monografía goza dunha estrutura moi axeitada e componse dunha introdución e seis capítulos que tratan de xeito integral todas as cuestións elementais (alén de complementarias) e de interese ligadas ao recurso de casación.

O primeiro deles leva por título “A finalidade do recurso de casación: un estudo a través da súa evolución histórica”. Pormenoriza aquí a autora na influencia do dereito romano e do dereito intermedio italiano ata achegarse ao nacemento do recurso de casación en Francia, onde fai fincapé no factor histórico e no factor ideolóxico, contrastando o Antigo Réxime como nacemento do moderno recurso de casación que tivo lugar na Revolución Francesa. Emprega todo isto co propósito de aproximarse, a continuación, aos antecedentes históricos do recurso de casación en España, salientando as causas de desnaturalización da súa finalidade. A análise de corte histórico non se leva a cabo de maneira simplemente incidental ou coa pretensión de incrementar a extensión da obra, senón co fin de revelar a verdadeira finalidade deste recurso, como ben se anticipa xa no prólogo.

O segundo capítulo titúlase “O recurso de casación da LXCA 29/1998 con anterioridade á reforma operada pola LO 7/2015: implicacións actuais dun modelo esgotado”. A maior parte deste apartado céntrase no estudo, desde unha perspectiva de análise crítica e minuciosa, da regulación na xurisdición contencioso-administrativa do recurso de casación ordinario no que atinxe, como é lóxico en atención ao concreto obxecto de investigación, máis particularmente á esfera do dereito tributario, ben que as epígrafes segunda e terceira abordan o recurso de casación para unificación de doutrina e o recurso en interese de lei, respectivamente.

O capítulo terceiro afonda na “Urxente necesidade dun cambio de modelo”, conclusión á que arriba a autora tras efectuar unha aproximación ao recurso de casación civil e ao amparo constitucional, para tratar de explicar a dimensión obxectiva dos recursos examinando esta cuestión, así mesmo, desde a óptica do dereito de acceso aos tribunais previsto no CEDH.

Descende neste contexto a autora ao estudo pormenorizado dun dos elementos máis característicos do recurso de casación no ámbito que nos atinxe, isto é, a súa dimensión obxectiva, deténdose aquí no paso do interese casacional como causa de inadmisión ao interese casacional como criterio de admisión. Respecto deste último punto, afonda nos distintos intentos promovidos no noso país, ata a aprobación da LO 7/2015, do 21 de xullo, para a implantación na xurisdición contencioso-administrativa do interese casacional como factor determinante da admisión e, máis en concreto, reflicte os aspectos substanciais do Proxecto de Lei orgánica pola que se adapta a lexislación procesual á Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, se reforma o recurso de casación e se xeneraliza a dobre instancia penal; da proposta de reforma da Lei orgánica do poder xudicial; da proposta do Anteprojecto de Lei de eficiencia da xurisdición contencioso-administrativa; e do Anteprojecto da LOPX, do 4 de abril de 2014.

O capítulo cuarto destínase ao estudo do novo recurso de casación contencioso-administrativo tras a modificación operada pola LO 7/2015, do 21 de xullo. A novidade máis representativa introducida neste recurso en materia tributaria, como xa se podía

entrevir do referido con anterioridade, estriba fundamentalmente na exigencia dun interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia como requisito previo para a admisión a trámite do recurso, o que ademais conforma un concepto xurídico indeterminado¹, cuxo contido, significado e alcance deberán ser matizados co transcurso do tempo². A devandita norma é examinada aquí en profundidade, partindo da natureza extraordinaria deste medio de impugnación e da súa esencia. Delimítase aquí o ámbito de aplicación do recurso de casación e o seu novo réxime de admisión (extremo este último de maior transcendencia e polémica tanto desde un punto de vista investigador como práctico). Como non podería ser doutra maneira, neste capítulo analízanse con detalle as distintas fases procesuais en que se divide o recurso e a súa tramitación: preparación, admisión, interposición, oposición, vista e sentenza, debendo aclarar que as catro últimas teñen lugar soamente no que atinxe aos recursos de casación que foran previamente admitidos.

O capítulo quinto céntrase no recurso de casación autonómico. Así, examínase o tipo de resolucións contra as que se pode recorrer, os supostos ou presuncións de interese casacional obxectivo que cabe invocar na casación autonómica e o problemático recoñecemento do recurso de casación autonómico fronte a sentenzas dos tribunais superiores de xustiza, tendo en conta o establecido no Auto do Tribunal Constitucional 41/2018, do 16 de abril, que parece non ter harmonizado os diferentes criterios interpretativos concorrentes na materia nin despxado as dúbidas máis salientables.

Finalmente, a modo de conclusión, tras as profundas, meditadas e críticas reflexións da autora, plásmase o contido do capítulo sexto, onde se recolle o quid de toda a obra, que representa o seu colofón ou corolario, é dicir, a proposta de reforma da revisión xurisdicional dos actos tributarios ao amparo do dereito comparado (e máis en singular das experiencias norteamericana, portuguesa, francesa e alemá). Isto supón a achega máis relevante da autora, como cénit da súa ardua e prolixa investigación.

A autora, ademais de concluír no capítulo anterior que no referente ao recurso de casación autonómica tamén cómpre acometer unha reforma lexislativa, no capítulo sexto avoga por reconsiderar o sistema de recursos da nosa xurisdición contencioso-administrativa, máxime cando o recurso de casación posúe unha dimensión obxectiva e os intereses da persoa litigante se sitúan nun segundo plano na admisión do recurso. En sintonía con esta idea, vén colixir, en resumidas contas, que a xeneralización do recurso de apelación, en defensa dos intereses dos litigantes, supera a conveniencia para converterse nun elemento indispensable. En definitiva, á vista do conxunto da obra e o seu contido, non podemos senón afirmar que se trata dun excelente traballo de investigación, elaborado con pleno rigor científico e académico e cun excelente dominio e manexo das fontes non só bibliográficas, senón tamén xurisprudenciais, que trata ademais de ofrecer solucións aos problemas que na práctica máis preocupan os operadores xurídicos que se desenvolven no eido tributario-xudicial e, máis

¹ Que xa ten o seu precedente na casación civil e na exigencia de transcendencia constitucional como presuposto de admisión do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional, motivo polo cal a autora afonda nestas figuras acertadamente.

² A razón de mudar os criterios de admisión responde á idea de que o recurso de casación deixe de constituír unha sorte de última instancia de revisión para aqueles asuntos de maior contía para converterse nun instrumento de mellora do ordenamento xurídico.

en concreto, no que se refire á impugnación de actos desta índole, ofrecendo claves e pautas para mellorar a viabilidade dos recurso de casación que se formulen e obter resultados que satisfagan as expectativas e pretensións exercitadas.

Rematamos, pois, sen máis dilación, recomendando a lectura desta monografía xurídica, de relevancia e contido no só tributario, senón tamén marcadamente procesual.

Regap

Revista Galega de Administración Pública

ISSN: 1132-8371

Núm. 59, enero-junio 2020 \ Number 59, January-June 2020

Sumario/Summary

1 ESTUDIOS / STUDIES

- Francisco Velasco Caballero**
 Derecho local y COVID-19 235
Municipal law and COVID-19
- Anabelén Casares Marcos**
 El contrato menor como cuestión mayor en la contratación del sector público 265
Sub-dimensional public procurement as a major issue for the public sector
- Adrián Todolí Signes**
 Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar
 por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social 311
*Legal challenges of the use of big data in the selection of subjects to be
 investigated by the Labour and Social Security Inspectorate*
- Lidia de la Iglesia Aza**
 La carrera profesional de los profesionales sanitarios: antecedentes
 normativos y tendencias de desarrollo 337
*The professional career of health professionals: regulatory background and
 development trends*

2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Elena Hernández Salguero

Reflexiones sobre la evaluación de la normativa de compra pública.
¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable?381
Reflections on the assessment of public purchasing regulations. A feasible reality or an unreachable desideratum?

Gabriele Vestri

Responsabilidad patrimonial de la Administración general del Estado:
un estudio de la Orden SND/326/2020 del Ministerio de Sanidad,
generada como consecuencia de la crisis por COVID-19397
Patrimonial liability of the general State Administration: a study of the Order SND/326/2020 of the Ministry of Health, created as a consequence of COVID-19 crisis

Francisco de Cominges Cáceres

Jurisprudencia contencioso-administrativa411
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIONES / REVIEWS

Francisco Vila Conde

Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el
liberalismo incipiente449

Darío Badules Iglesias

El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos455

María Victoria Álvarez Buján

El recurso de casación en materia tributaria461

Proceso de selección e avaliación dos orixinais
Normas de publicación467

Proceso de selección y evaluación de los originales
Normas de publicación471

Selection and evaluation process of originals
Publication requirements475

Regap

Estudios

1

Dereito local e COVID-19

Derecho local y COVID-19

Municipal law and COVID-19



FRANCISCO VELASCO CABALLERO

Instituto de Derecho Local
Universidad Autónoma de Madrid
Orcid 0000-0003-1055-3939
francisco.velasco@uam.es

Recibido: 01/06/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4405>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A COVID-19 propiciou moi diversas actividades municipais, executivas, complementarias e adicionais respecto da actuación do Estado e de cada comunidade autónoma. Aquela actividade municipal foi diversa, en tres etapas diferenciadas: prealarma, estado de alarma e desescalada. Desde a perspectiva estritamente xurídica, os concellos actuaron baixo dúas ordes xurídicas: o réxime local ordinario, presente na prealarma e presumiblemente nalgunha parte da desescalada; e o réxime de alarma. Nesta última orde xurídica excepcional, os concellos unhas veces actuaron como simples executores das medidas gobernativas (en "réxime de alarma"), pero outras veces actuaron conforme o réxime local ordinario, en exercicio das súas competencias ordinarias.

Palabras clave: COVID-19, concellos, dereito local, competencias municipais, estado de alarma.

Resumen: La COVID-19 ha propiciado muy diversas actividades municipales, ejecutivas, complementarias y adicionales respecto de la actuación del Estado y de cada comunidad autónoma. Aquella actividad municipal ha sido diversa, en tres etapas diferenciadas: prealarma, estado de alarma y desescalada. Desde la perspectiva estrictamente jurídica, los ayuntamientos han actuado bajo dos órdenes jurídicas: el régimen local ordinario, presente en la prealarma y presumiblemente en alguna parte de la desescalada; y el régimen de alarma. En este último orden jurídico excepcional, los ayuntamientos unas veces han actuado como simples ejecutores de las medidas gubernativas (en "régimen de alarma"), pero otras veces han actuado conforme al régimen local ordinario, en ejercicio de sus competencias ordinarias.

Palabras clave: COVID-19, ayuntamientos, derecho local, competencias municipales, estado de alarma.

Abstract: COVID-19 has given rise to many different municipal responses, both executing the decisions previously adopted by the State and the Autonomous Communities and undertaking complementary and additional activities. The municipal activities have been diverse, in three differentiable stages: pre-alarm;

state of alarm; and deescalation process. From a strictly legal perspective, the municipalities have acted under two legal orders: the ordinary municipal law, applied at the pre-alarm phase and to be applicable again at the end of the deescalation process; and the alarm law. According to the alarm legal order, the municipalities have sometimes acted as simple executors of the State measures, but other times they have adopted their own initiatives in accordance with ordinary local law, that is, exercising their ordinary powers.

Key words: COVID-19, municipalities, local governments law, local powers, alarm state.

SUMARIO: 1 Planteamiento. 2 Actividad municipal en régimen de prealarma. 3 Actividad municipal en estado de alarma. 3.1 Actividades municipales “de alarma”. 3.2 Actuaciones municipales derivadas de decisiones supramunicipales de emergencia, aunque no de alarma. 3.3 Políticas municipales de emergencia. 4 Ayuntamientos en la desescalada.

1 Planteamiento

1. Este estudio pretende analizar y explicar, desde una *perspectiva jurídica*, en qué medida la actual pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2 ha afectado a los municipios españoles. De entrada, se distinguen aquí tres estadios temporales: la situación de prealarma (antes del 14 de marzo de 2020); la situación iniciada con la declaración del estado de alarma (por medio del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo); y la situación de postalarma. En términos de políticas públicas, se ha hablado más bien de “escalada” y “desescalada”. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico son necesarias más precisiones: la *escalada* se ha producido bajo dos regímenes jurídicos claramente diferenciables: el de emergencia sanitaria, en un primer momento; y el de estado de alarma, a partir del 14 de marzo. También la desescalada transitará por dos órdenes jurídicos diferentes: la primera fase de la “desescalada” tiene lugar aún en estado de alarma, si bien ineludiblemente ha de seguir una segunda fase de desescalada en la que ya no esté vigente el estado de alarma. El tiempo dirá si tras la “desescalada” asistiremos además a una nueva “reescalada” que justifique un nuevo estado de alarma.

2. En cada una de las tres fases temporales y jurídicas descritas se han activado, en mayor o menor medida, *distintas partes del derecho público*, así como una tipología diversa de problemas jurídicos. En el tiempo de prealarma ha emergido el derecho administrativo sanitario y –en menor medida– de protección civil¹. Luego, con la declaración del estado de alarma, el protagonismo lo ha cobrado el derecho constitucional, tanto en lo que se refiere a la distribución territorial del poder como a las intensas restricciones en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Por fin, en la fase de postalarma debe perder relevancia el derecho constitucional, y cobrarla en cambio el *derecho administrativo ordinario*, tanto el general como el sectorial (incluido el derecho ordinario de emergencias sanitarias [*sic*]). Será el derecho administrativo

¹ NOGUEIRA, A., “Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, pp. 22-31 (p. 23).

ordinario el que guiará las decisiones políticas y administrativas de urgente reconstrucción económica y social.

3. La secuencia jurídica y temporal ya descrita, aunque tiene una alta utilidad explicativa, no define tres regímenes jurídicos estancos y excluyentes para cada momento temporal. Así, en el tiempo del estado de alarma *conviven dos órdenes jurídicos*: el de alarma y el ordinario.

a) El *orden jurídico de alarma* se articula a través de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES); del Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declara el estado de alarma (y que luego ha sido prorrogado por los reales decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; 492/2020, de 24 de abril, y parcialmente modificado por los reales decretos 514/2020, de 8 de mayo, y 537/2020, de 22 de mayo) y de las muy numerosas órdenes ministeriales de las llamadas “autoridades delegadas” (ministerios del Interior, de Defensa, de Transportes y de Sanidad). Veremos más adelante que en ese orden jurídico de alarma se incluyen también algunas decisiones adoptadas por órganos autonómicos o municipales para la ejecución o cumplimiento de las medidas gubernamentales de alarma.

b) Y, junto a ello, durante el tiempo del estado de alarma ha mantenido su vigencia el *derecho ordinario* –en todo lo que no fuera desplazado por las medidas gubernamentales de alarma– y se han aprobado nuevas normas, estatales, autonómicas y locales motivadas por la crisis de la COVID-19, pero no integradas en el ordenamiento de alarma. La mayoría de las normas contenidas en los numerosos reales decretos-leyes dictados por el Gobierno (desde el 14 de marzo) se pueden calificar como ordinarias, por contraposición a las “medidas de alarma”. Pues el estado de alarma no impide al Gobierno seguir ejerciendo todos sus poderes, incluido el de dictar normas con rango de ley (real decreto-ley) en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, conforme al artículo 86 CE. Esto es así incluso cuando un real decreto-ley limita su vigencia al tiempo de la pandemia, o al tiempo estricto en que esté vigente el estado de alarma. Porque el orden jurídico de alarma solamente rige para aquellas actuaciones o medidas *directamente* dirigidas a combatir la circunstancia concreta que justifica la declaración de alarma (la epidemia) y no cualesquiera otras actuaciones o medidas que se ocupan de las consecuencias en cadena que genera la emergencia sanitaria (como la destrucción de empleo, el riesgo de exclusión de personas sin recursos o la cesación de ingresos en los establecimientos comerciales). Esto explica que los ayuntamientos, durante el estado de alarma, no se hayan limitado a ejecutar las “medidas de alarma” acordadas por el Gobierno o sus ministros, sino que también han adoptado sus propias decisiones (complementarias, asociadas o adicionales a las medidas gubernativas) conforme al derecho local ordinario (*infra* § 20).

2 Actividad municipal en régimen de prealarma

4. Desde finales del mes de febrero de 2020, los ayuntamientos españoles comenzaron a adoptar algunas iniciativas derivadas del creciente riesgo de expansión de la epidemia. Muchas de estas medidas podrían calificarse como de *servicio público*,

Regap



ESTUDIOS

en un sentido muy amplio, que va desde la información al público hasta los clásicos servicios municipales. Se inscriben aquí múltiples recomendaciones municipales, tanto de higiene sanitaria como de precauciones frente a las concentraciones humanas con alta densidad. También se cuentan aquí la cesión gratuita de espacios o equipamientos públicos (para la actividad sanitaria desplegada por la respectiva comunidad autónoma), las campañas especiales de limpieza y desinfección de las calles, la gratuidad temporal del transporte público, o el cierre de algunos servicios municipales de riesgo, como los gimnasios y polideportivos municipales. Por último, también podemos incluir en esta genérica actividad de servicio público municipal el mantenimiento de becas-comedor en escuelas infantiles en aquellas comunidades autónomas que anticipadamente habían ordenado el cese de la actividad educativa presencial.

5. También los ayuntamientos comenzaron a adoptar medias de *ordenación o intervención* relacionadas con el uso de los espacios públicos. En ocasiones, estas medidas restrictivas provenían inmediatamente de los propios ayuntamientos, como el cierre de parques y jardines municipales. Otras veces se trataba de actuaciones de la policía municipal para el *cumplimiento* de medidas de confinamiento o restricción o la libertad de circulación adoptadas por la Administración autonómica, en ejercicio de sus competencias sanitarias, de salud pública y de protección civil². En estos casos, los ayuntamientos colaboraban con las autoridades autonómicas –fundamentalmente a través de los cuerpos de policía local– conforme al régimen general de la *colaboración interadministrativa* (art. 141.1 d) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público: LRJSP); de la legislación general sobre seguridad (art. 53.1 f) de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: LOFCS); y de la legislación autonómica de emergencias sanitarias (por ejemplo, para Cataluña: art. 5.2 de Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública) y de protección civil.

6. Dejando a un lado las actuaciones municipales de colaboración con la correspondiente Administración autonómica o estatal, las iniciativas municipales *propias*, tanto de servicio público como de ordenación o intervención, se adoptaron conforme a la *legislación común de régimen local*, no al amparo de la legislación especial de emergencias. De un lado, los ayuntamientos no adoptaron ninguna medida de *emergencia sanitaria* en sentido estricto. La razón es tanto técnica (la mayoría de los municipios carecen de la información y la cualificación necesarias para adoptar medidas sanitarias o de salud pública) como competencial: aunque algunas leyes autonómicas reconocen a los alcaldes la condición de “autoridad sanitaria”³, otras comunidades no atribuyen a los municipios competencias específicas sanitarias o de salud pública (*infra* § 31). Y, en todo caso, conforme al artículo 54.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de

² Por ejemplo, en Cataluña: Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo, por la que se acuerda restringir la salida de personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Ódena. Para la Región de Murcia: Orden de la Consejería de Salud, de 13 de marzo de 2020, por la que se insta a la activación del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (PLATEMUR) para hacer frente a la pandemia global de Coronavirus (COVID-19). Más referencias en NOGUEIRA, A., “Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, cit., p. 24.

³ Así, en Canarias, el artículo 28 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias; o en Cataluña, el artículo 5.1) de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública.

salud pública (LGSP), los ayuntamientos, incluso allí donde la legislación autonómica les hubiera reconocido condición de “autoridad sanitaria”, no están autorizados para adoptar medidas de urgencia sobre salud pública (*infra* § 33). Si se activaron algunos planes municipales de *protección civil*, según lo previsto en el artículo 15.2 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC), y, en su caso, en la correspondiente ley autonómica de protección civil⁴. En consecuencia, la actividad municipal en este tiempo se ha regido por el *derecho local ordinario*: por sus competencias sectoriales ordinarias; en ejercicio de la potestad municipal de autoorganización (art. 4.1 a) LBRL); y mediante la gestión directa o indirecta de sus servicios (art. 85.2 LBRL).

3 Actividad municipal en estado de alarma

7. Ante el agravamiento exponencial de la epidemia, el Gobierno declaró el estado de alarma por medio del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, luego levemente modificado por el Real decreto 465/2020, de 17 de marzo, y prorrogado varias veces, por medio de los reales decretos: 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; 492/2020, de 24 de abril; 514/2020, de 8 de mayo; y 537/2020, de 22 de mayo. El mismo Real decreto 463/2020 incluía importantes *medidas con eficacia directa*, y seguidamente remitía su complemento o desarrollo a cuatro ministerios, a los que el propio real decreto calificaba, con una terminología equívoca, como “autoridades delegadas” (art. 4.2).

8. En lo que ahora importa, que es identificar y analizar jurídicamente la actividad municipal durante el tiempo de la alarma, se pueden distinguir *tres tipos* de actuaciones municipales: las que se vinculan *directamente* con el real decreto de alarma; las que derivan o traen causa de otras decisiones supramunicipales, tanto estatales como autonómicas, dictadas *en el contexto* de crisis sanitaria, aunque no directamente reconducibles al estado de alarma; y las actuaciones y decisiones municipales no vinculadas directamente a ninguna decisión supramunicipal, sino adoptadas en ejercicio de la *autonomía política y administrativa* de los municipios.

3.1 Actividades municipales “de alarma”

9. En primer lugar, tanto las medidas de alarma directamente contenidas en el Real decreto 463/2020 como las impuestas por las subsiguientes órdenes ministeriales de alarma *vinculaban* directamente a los ayuntamientos. Pero no todas de la misma forma.

a) Algunas medidas del Real decreto 463/2020, como la suspensión del *cómputo de plazos administrativos* (DA 3.^a) generaban efectos *ope legis*, sin necesidad de ninguna actuación municipal complementaria. Ello no obstante, la propia DA 3.^a 4 del Real decreto 463/2020 abría un espacio de discrecionalidad municipal en sentido inverso, para acordar la continuación en el cómputo de los plazos en los “procedimientos

⁴ Por ejemplo, por decretos del alcalde de 13 y 14 de marzo de 2020, el Ayuntamiento de Madrid activó el Plan Territorial de Emergencia Municipal (PEMAM) declarando el nivel naranja y rojo, respectivamente.

administrativos que fueran indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios”. De hecho, con el paso del tiempo los ayuntamientos han ido aprobando la continuación del cómputo de plazos en múltiples procedimientos (incluidos los selectivos de personal).

b) Otras medidas gubernativas de alarma requerían, para su eficacia, de una posterior actividad o decisión municipal. Es el caso de la adaptación de las frecuencias de los *autobuses urbanos*, en cumplimiento del mandato general –aunque indeterminado– contenido en el artículo 11 de la Orden TMA/229/2020, de 15 de marzo. O es el caso, también, de las distancias interpersonales en los transportes públicos urbanos, conforme al artículo 2.7 de la Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo. Y es el caso, sobre todo, de las *restricciones de movilidad ciudadana*, impuestas en el artículo 7 del RD 463/2020 –y precisadas o complementadas en varias órdenes ministeriales posteriores– que llamaban a la colaboración de las policías locales⁵. En todo caso, y en lo que ahora importa, una buena parte de la actividad municipal en el estado de alarma venía directamente *definida* por el Real decreto 463/2020 o por las diversas órdenes ministeriales que lo completan. Ese bloque de actividad municipal se puede calificar genéricamente como *ejecutiva* de las medidas gubernativas de alarma. Y, en esa medida, la actuación municipal se desarrollaba en *régimen jurídico de alarma*.

10. Está claro que algunas de las medidas de alarma dictadas por el Gobierno y sus ministros afectaban directamente tanto a las competencias autonómicas como a las competencias municipales. Valgan como ejemplo la ordenación ministerial de los servicios funerarios⁶ o la autorización ministerial de uso del suelo y los edificios para fines sanitarios no predeterminados en los planes urbanísticos municipales⁷. Esto es posible porque la declaración del Estado de alarma activa una competencia *universal* del Estado para “gobernar el país en estado de alarma”⁸. Es una competencia latente en el artículo 116 CE que se activa precisamente con la declaración formal, por real decreto, del estado de alarma. En tiempo de alarma, los ayuntamientos mantienen sus competencias, pero su ejercicio no puede ser incompatible con las decisiones del Gobierno. Y, en el caso de que lo fueran, las decisiones estatales serían *prevalentes* y, por tanto, desplazarían en su eficacia a las municipales.

11. Esta articulación de competencias concurrentes a través de criterios de *prevalencia* es relativamente inusual en las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas. En cambio, es más conocida y frecuente en el ámbito local. Así, en relación con el planeamiento urbanístico, es frecuente que las leyes sectoriales del Estado impongan la prevalencia de sus propias determinaciones respecto de las contenidas en

⁵ Artículo 1.1 de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En la misma orden se dispone que las autoridades policiales están “bajo las órdenes del ministro del Interior” (art. 1.5).

⁶ Orden SND/293/2020, de 27 de marzo, sobre traslado de cadáveres; y Orden SND 298/2020, de 29 de marzo, sobre velatorios y ceremonias fúnebres.

⁷ Así, Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, e Instrucción del ministro de Sanidad de 23 de marzo de 2002, de habilitación de hoteles para usos sanitarios.

⁸ VELASCO CABALLERO, F., “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, pp. 78-86 (p. 82).

los planes municipales⁹. También la legislación ambiental impone la prevalencia de las normas territoriales ambientales respecto de las determinaciones urbanísticas¹⁰. Y, en la misma línea, también las leyes autonómicas de ordenación territorial expresamente imponen la prevalencia de los planes territoriales (autonómicos) respecto de los planes urbanísticos municipales¹¹. Más allá de estos supuestos, donde las distintas leyes estatales y autonómicas *expresamente* se refieren a la prevalencia de las decisiones supramunicipales (con el consiguiente desplazamiento de las decisiones municipales), en muchos otros casos está presente, de forma *implícita*, esa misma primacía de eficacia de las decisiones estatales o autonómicas, respecto de las municipales. Así ocurre, en realidad, en todos aquellos casos en los que las competencias municipales no son exclusivas, sino *compartidas*, donde la Comunidad autónoma puede planificar, coordinar o programar la actividad municipal. Valgan como ejemplo los servicios sociales, donde los ayuntamientos pueden actuar bajo sus propios criterios y prioridades mientras no sean disconformes con la planificación autonómica. Pero un cambio en la planificación autonómica de servicios sociales se impone –prevalece– sobre las decisiones municipales¹². Y bien, este es el efecto que *se generaliza durante el estado de alarma*: todas las decisiones de alarma dictadas por el Gobierno se imponen y desplazan a todas aquellas otras decisiones municipales que las contradigan. La declaración del estado de alarma *no suprime* ninguna competencia municipal. Simplemente, debilita su eficacia frente a las posibles decisiones gubernativas. Declarado el estado de alarma, cada municipio aún puede adoptar todas aquellas decisiones que, motivadas por la situación de emergencia sanitaria, sean conformes con sus competencias. Pero todas esas decisiones, aunque legítimas y plenamente válidas, en cuanto amparadas por las competencias municipales ordinarias, *ceden en su eficacia* frente a cualesquiera medidas de alarma adoptadas por el Gobierno.

12. La prevalencia de las medidas de alarma solo se refiere a las que estrictamente dicta el Gobierno en su declaración formal del estado alarma o *en el marco jurídico de esa declaración*. Esto significa que no todas las decisiones del Gobierno o de los ministros, durante el tiempo de la alarma, prevalecen sobre las municipales, salvo que así resulte de las leyes sectoriales ordinarias. Por supuesto que, como se explicará en el siguiente epígrafe, una decisión del Gobierno en el ámbito de sus competencias sectoriales e incluida *en un real decreto-ley* se impone sobre cualquier decisión municipal, porque el propio régimen competencial local está definido por la ley que carece de toda resistencia pasiva frente a otra norma con fuerza de ley (como es un real decreto-ley). Pero otras posibles decisiones gubernativas, ministeriales o administrativas, en la medida en que no sean directamente reconducibles al estado de alarma, *no prevalecen necesariamente* sobre las competencias y decisiones municipales. Y, aunque es posible

⁹ GARCÍA MORALES, V.Y., *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 53.

¹⁰ Artículo 19.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. Y sobre ello: STC 182/2014, FJ 4; y STS 272/2016, de 10 de febrero.

¹¹ Por ejemplo, para la Comunidad de Madrid: artículo 14.5 de la Ley 9/1995, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo. Y en la jurisprudencia: STSJ-Madrid 579/2017, de 20 de julio; y SSTs de 20 de diciembre de 2012 (rec. 3424) y de 5 de julio de 2012 (rec. 4066/2010).

¹² Por ejemplo: artículo 48 de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

que *de facto* los ayuntamientos acaten todas las decisiones del Gobierno, algunas de esas decisiones ministeriales no reconducibles al régimen jurídico de alarma pudieran ser ilícitas, por invadir ámbitos atribuidos por las leyes a los municipios.

13. Una segunda consideración tiene que ver con las *medidas o decisiones autonómicas* en el estado de alarma y su posible proyección sobre los ayuntamientos. Ya se ha dicho antes que las medidas de alarma del Estado, tanto las contenidas en el Real decreto 463/2020 como las incluidas en las órdenes ministeriales de las “autoridades delegadas”, pueden ocupar el espacio competencial de las comunidades autónomas y desplazar provisionalmente cualesquiera normas, actos o convenios autonómicos. Incluso las leyes autonómicas. Pero, dado que las comunidades autónomas no pierden sus competencias durante el estado de alarma, pueden seguir actuando en sus materias propias, siempre que sus medidas o actuaciones *no contradigan o dificulten* la eficacia de las medidas estatales, que ya se ha dicho que son prevalentes. Se plantea entonces en qué medida las decisiones autonómicas para la ejecución del estado de alarma vinculan a los ayuntamientos. En mi opinión, es necesario distinguir aquí, igual que se ha dicho en relación con el Estado, entre las actuaciones y medidas autonómicas de alarma, en sentido estricto, y las actuaciones y medidas autonómicas en el contexto de la emergencia sanitaria que ha dado lugar al estado de alarma.

14. Allí donde una Comunidad autónoma *ejecuta o desarrolla* las medidas de alarma del Gobierno, se puede considerar que también esas decisiones o actuaciones *prevalecen* sobre las municipales. Esto es, las actuaciones o decisiones autonómicas, en la medida en que ejecutan, complementan o dotan de eficacia a medidas estatales prevalentes, también *reproducen* ese mismo efecto de prevalencia sobre cualesquiera decisiones o actuaciones municipales, incluso en ámbitos competenciales que las leyes atribuyen en exclusiva a los municipios. Valgan como ejemplo las decisiones autonómicas sobre *medicalización de establecimientos hoteleros*. Esta posibilidad estaba explícitamente prevista en la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, que expresamente remitía esa decisión a la autoridad sanitaria de cada comunidad autónoma. La medicalización de un hotel, por parte de una autoridad sanitaria autonómica, afecta a la ordenación municipal de usos del suelo y los edificios, contenida en los correspondientes planes urbanísticos municipales. De acuerdo con las diversas leyes urbanísticas autonómicas, cada Administración autonómica debe respetar esos usos normativos. Y solo por medio de un procedimiento extraordinario –y solo mediante acuerdo del consejo de gobierno autonómico– puede imponerse un uso no previsto en el plan urbanístico¹³. Pues bien, la eficacia prevalente de las medidas gubernativas de alarma, que se extiende a las medidas autonómicas que las ejecutan, permite que un edificio cuyo uso urbanístico es el de hospedaje pueda pasar a servir a un uso distinto (sanitario) sin necesidad de modificación alguna en el plan; y sin necesidad, tampoco, de tramitar el procedimiento de modificación extraordinario que prevén las leyes urbanísticas. Simplemente, la medida sanitaria autonómica se rige por el régimen extraordinario del estado de alarma y, en esa medida, desplaza provisionalmente la eficacia del planeamiento urbanístico municipal.

¹³ Por ejemplo: artículo 11 del Decreto de la Xunta de Galicia 80/2000, de 23 de marzo.

15. En este contexto también cabe plantearse de qué forma las posibles *medidas autonómicas adicionales* vinculan a los ayuntamientos. Ocurre que algunos gobiernos autonómicos no se han limitado a ejecutar, complementar o desarrollar las medidas de alarma del Gobierno español, sino que han dictado mandatos o prohibiciones *adicionales*. Es el caso, en Cataluña, de una orden del *conseller de Trabajo* que fija en 1,5 metros la distancia interpersonal obligatoria en los centros de trabajo¹⁴, frente a la distancia de 1 metro establecida en el artículo 10.2.2 del Real decreto 463/2020. A mi juicio, esta medida autonómica adicional es en principio *válida*, siempre que se encuadre en las competencias ordinarias de la Generalitat. Y siempre que tal medida autonómica adicional no impida la plena eficacia de la decisión estatal. Pero, aun siendo válida, no es propiamente una “medida de alarma” y por tanto no se rige por el régimen extraordinario de prevalencia respecto de las decisiones municipales, que es lo propio de las medidas de alarma conforme a los artículos 9.1 y 11 LOEAES. Por eso, las medidas autonómicas adicionales podrán vincular a los ayuntamientos solo en la medida en que tal eficacia resulte de los estatutos de autonomía, de las leyes de régimen local y de las leyes sectoriales. En consecuencia, no hay dificultad en afirmar que una medida sanitaria o de salud pública de un Gobierno autonómico, en tanto en cuanto la propia legislación sanitaria la dote de eficacia vinculante y prevalente, desplazará la eficacia de cualquier norma o decisión municipal. Lo mismo se puede decir de una decisión autonómica de emergencia en el marco de la legislación de protección civil, que también puede dotar de eficacia vinculante y prevalente a las decisiones autonómicas en relación con los ayuntamientos. Más en general, podrá hablarse incluso del carácter prevalente de una decisión autonómica en aquellas materias donde las leyes atribuyen a las comunidades autónomas competencias *compartidas o concurrentes* con otras municipales. Pero en todos estos casos estaremos ante una *prevalencia ordinaria* de las decisiones autonómicas, configuradas en las leyes generales o sectoriales, y no en la prevalencia propia del estado de alarma.

3.2 Actuaciones municipales derivadas de decisiones supramunicipales de emergencia, aunque no de alarma

16. Otra parte de la actividad municipal desplegada desde el 14 de marzo de 2020 *no está directamente conectada* con el Real decreto 463/2020, y por tanto con el régimen jurídico extraordinario del estado de alarma, aunque sí con la general *situación de crisis* desencadenada por la epidemia. Gran parte de esta actuación municipal extraordinaria –aunque no de alarma– deriva de los distintos reales decretos-leyes dictados por el Gobierno. O de diversas normas y resoluciones aprobadas por las comunidades autónomas, con forma de acuerdo, decreto o incluso decreto-ley. Ocurre que durante la declaración del estado de alarma el Gobierno y los distintos ministerios no solo han dictado “medidas de alarma”, conforme a lo previsto en el artículo 11 LOEAES. El Gobierno, los distintos ministerios y los gobiernos autonómicos también han adoptado

¹⁴ Resolución TSF/759/2020, de 22 de marzo, por la que se especifican las medidas de distancia entre trabajadores y trabajadoras y con las personas usuarias con las que interactúan en los centros de trabajo.

otras decisiones, normativas o no, que no pueden reconducirse al régimen jurídico propio del estado de alarma, bien porque no están directamente conectadas con la causa que motiva la declaración de alarma (la COVID-19), bien porque su eficacia en el tiempo sobrepasa el lapso de 15 días de vigencia del estado de alarma que expresamente dispone el artículo 116.2 CE. En consecuencia, las actuaciones municipales para el cumplimiento o ejecución de aquellas decisiones y normas estatales o autonómicas no se rigen por el régimen jurídico de la alarma, sino por el derecho ordinario. Aquí se incluyen, por ejemplo, los múltiples decretos de alcaldía sobre *aplazamientos* de pago de obligaciones tributarias, derivados del artículo 33 del Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19. O los decretos de alcaldía o de junta de gobierno que suspenden la ejecución de contratos, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 34 del citado Real decreto-ley 8/2020. En todos estos casos, los ayuntamientos no actúan en régimen de alarma, sino conforme al derecho ordinario: en el marco de sus competencias y dentro de los límites que les fijan las leyes (en su caso, modificadas por decretos-leyes durante la pandemia) y los reglamentos gubernativos.

17. En este sentido, los diversos decretos-leyes dictados en el contexto de la emergencia sanitaria han *modificado los parámetros de legalidad* que vinculan a los ayuntamientos. En ocasiones, estos cambios legislativos urgentes han ampliado las facultades municipales. Así ocurre con la posibilidad de suspender la eficacia de los contratos vigentes, con una compensación limitada (art. 34 del Real decreto-ley 8/2020), o para validar de forma simplificada la ejecución de las prestaciones propias de los contratos de servicios o suministros no suspendidos¹⁵. De algunos cambios legislativos generales se ha discutido su aplicabilidad por los ayuntamientos, como ocurre con el permiso obligatorio retribuido, creado por el Real decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, y sobre el que el Ministerio de Política Territorial y Función Pública se apresuró a negar su aplicabilidad a las administraciones públicas¹⁶. Las distintas modificaciones legales urgentes han concedido mayor o menor margen de discrecionalidad a los municipios. Algunas nuevas reglas han sido solo *autorizatorias*; y otras han sido *imperativas*. Entre estas últimas se cuentan las reformas legislativas tributarias que introducen aplazamientos *ex lege* para el pago de las deudas tributarias (art. 33.1 del Real decreto-ley 8/2020). Es discutible en este punto si, aparte de ese aplazamiento impuesto *ex lege*, los ayuntamientos pueden acordar otros aplazamientos propios, no previstos en las reformas legislativas urgentes y transitorias. En todo caso, esta cuestión se ha de resolver conforme al derecho local ordinario¹⁷. Esto es, atendiendo a cuál es el alcance de la competencia municipal ordinaria para fijar aplazamientos (o incluso beneficios fiscales).

¹⁵ Por ejemplo: Decreto de 23 de abril de 2020 del alcalde por el que se establecen las condiciones de tramitación de los contratos cuya ejecución ha debido adaptarse a la situación derivada de la aplicación de las medidas excepcionales adoptadas para contener la propagación de la pandemia por COVID-19.

¹⁶ Una opinión crítica frente a este criterio, en GORDO GONZÁLEZ, L., "RDL 10/2020: ¿Se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?", *Blog del Instituto de Derecho Local*, 1 de abril de 2020, www.idluam.org/blog.

¹⁷ AGUILAR ROMÁN, A.I., "Estado de alarma: suspensión, interrupción, ampliación de plazos y otras medidas en el ámbito tributario local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, 7 de abril de 2020.

18. La aplicación municipal de las normas y decisiones de *contenido económico o social*, tanto estatales como autonómicas, se rige por el derecho local ordinario, y esto incluye la *distribución interna* de atribuciones entre el pleno, la alcaldía y la junta de gobierno local. Pues bien, el derecho local ordinario incluye una competencia extraordinaria de alcaldía para adoptar las medidas necesarias en un contexto de *catástrofe o necesidad*. Esta competencia está enunciada para los municipios de régimen común en el artículo 21.1 m) LBRL, que se refiere a la competencia del alcalde para “adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al pleno”, precepto que tiene su correspondiente réplica para los municipios de gran población¹⁸. Son múltiples las cuestiones jurídicas que suscita esta competencia extraordinaria de la alcaldía. En principio, podría considerarse que su significado es propiamente interno. Esto es, atribuye competencias a la alcaldía frente al pleno y a la junta de gobierno local. En este sentido, los artículos 21.1 m) y 124.4 h) LBRL expresan un apoderamiento general de la alcaldía, de forma paralela al apoderamiento de los gobiernos para aprobar decretos-leyes en situaciones de “extraordinaria y urgente necesidad”. Pero es planteable si las decisiones de necesidad o emergencia de la alcaldía contienen también una competencia universal y extraordinaria del municipio en cualquier materia. En principio, hay que negar esa hipotética competencia universal del ayuntamiento, fuera de las competencias sectoriales que le son propias. Esto es, los artículos 21.1 m) y 124.4 h) LBRL solo alteran, por razones de necesidad y emergencia, la *distribución interna del poder local*, no la articulación competencial entre el Estado, las comunidades autónomas y los municipios, lo cual no obsta para que, de acuerdo con las leyes sectoriales, los alcaldes estén ampliamente apoderados para numerosas decisiones de emergencia, en los términos que prescriben las leyes de protección civil o, incluso, sanitarias.

19. Una última cuestión sobre las facultades extraordinarias de la alcaldía se refiere a su *forma*. Aquí las exigencias legales son mínimas, como corresponde al contexto de necesidad. Por eso, las medidas de alcaldía tanto pueden adoptarse por bando como por decreto de alcaldía. Más en general, las “medidas necesarias y adecuadas” no pueden reconducirse a categorías jurídicas ordinarias, como las de acto administrativo, disposición reglamentaria o instrucción interna. Las “medidas” de necesidad son un tipo de decisión singular. Pueden impedir provisionalmente la aplicación de ordenanzas municipales, pero no pueden derogar estas normas; y son ejecutables de forma imperativa (como es propio de los actos administrativos).

3.3 Políticas municipales de emergencia

20. Por último, en el contexto de la pandemia, numerosos municipios han adoptado iniciativas *propias*. Esto es, actuaciones que no se limitan a ejecutar o cumplir “medidas

¹⁸ Para el conjunto de los municipios de gran población: artículo 124.4 h) LBRL, que sustituye los términos “catástrofe” o “infortunio” por el más amplio concepto de “extraordinaria y urgente necesidad”. Para Barcelona: artículo 13.1 l) de la ley catalana Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la *Carta Municipal* de Barcelona. Y para Madrid: artículo 14.3 f) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y de régimen especial de Madrid.

de alarma” previas dictadas por el Gobierno y que tampoco derivan de otras medidas o decisiones complementarias (normalmente con forma de decreto-ley) adoptadas por el Gobierno de España o por los gobiernos autonómicos. Algunas de estas actuaciones municipales *propias* se refieren a la gestión interna o de los servicios y medios municipales. Aquí las medidas son muy variadas. Se incluyen, por ejemplo, la puesta en marcha de redes de voluntariado (con frecuencia coordinadas con los servicios de protección civil), el incremento en el número de vecinos (sobre todo ancianos y personas dependientes) atendidas por los servicios municipales de teleasistencia, la distribución domiciliaria de alimentos, la agilización interna de los pagos a proveedores, para dotar de liquidez a los establecimientos comerciales, la suspensión de los regímenes de aparcamiento limitado o la creación de cursos de aprendizaje sobre venta a distancia. También se consideran aquí, como políticas municipales propias, algunas medidas restrictivas de la libertad, *adicionales* respecto de las medidas de alarma dictadas por el Gobierno y los distintos ministerios. Luego se volverá sobre estas medidas. Desde el punto de vista interno, algunas de medidas o actuaciones –las que mostraban nuevas necesidades de gasto– han requerido de modificaciones presupuestarias previas. En términos competenciales internos, las medidas más relevantes las han adoptado los alcaldes, con frecuencia invocando la competencia extraordinaria, para situaciones de catástrofe o infortunio, de los artículos 21.1 m) y 124.4 h) LBRL (*supra* § 18).

21. Mención especial merecen las *diversas ayudas económicas a personas o empresas*, por situaciones de necesidad ocasionadas por la pandemia o por las posteriores medidas estatales o autonómicas. Utilizo aquí un concepto amplio de *ayudas*, que incluye tanto subvenciones como beneficios fiscales, que reducen las obligaciones tributarias de los contribuyentes¹⁹. *Subvenciones*, en el concepto amplio que ofrece el artículo 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS), son tanto las ayudas económicas directas (sobre todo, a comerciantes minoristas) como el abono o compensación de la cuota de Seguridad Social que corresponde a los profesionales autónomos y que han sido asumidos por algunos ayuntamientos. Desde la perspectiva competencial, la valoración de estas subvenciones es muy diversa.

22. En primer lugar, los ayuntamientos han adoptado iniciativas de *ayuda social* dirigidas a personas físicas con necesidades emergentes. Aquí se incluyen las subvenciones directas a familias necesitadas. Desde la perspectiva competencial no hay objeción posible a estas ayudas. En la actualidad, las leyes autonómicas de servicios sociales ya contemplan la posible asistencia municipal, tanto la básica como la urgente²⁰. Además, el artículo 26.1 c) LBRL expresamente se refiere, para los municipios de más de 20.000 habitantes, al servicio público obligatorio de “atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”, lo que ha sido interpretado por la STC 41/2016, FJ 9, como un título competencial municipal (y, por tanto, no solo

¹⁹ PASTOR MERCHANT, F., “Las ayudas locales a las empresas”, Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 297-318 (p. 306).

²⁰ Para Madrid: artículo 46.1 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales de la Comunidad de Madrid; Para Galicia: artículo 66.2 b) de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia; para Andalucía: artículo 51 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía.

como una obligación de servicios). Es cierto que la disposición transitoria 1.^a de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL) pretendió impedir la actividad municipal asistencial. Pero lo cierto es que aquel intento de obturación de las competencias sociales municipales siempre dejó abierta la asistencia social de emergencia. Y, en todo caso, la STC 41/2016, que enjuició la LRSAL, esterilizó por completo la eficacia limitadora de la DT 1.^a LRSAL (FJ 13.b)²¹. Además, desde la perspectiva presupuestaria, el artículo 3 del Real decreto-ley 8/2020 ha facilitado estas prestaciones de emergencia social, al permitir que parte del superávit presupuestario de los ayuntamientos (en puridad, el remanente de tesorería para gastos generales) se dedique precisamente a ayudas sociales (programa presupuestario 23 de la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales)²².

23. Mayor complejidad jurídica presentan las subvenciones a *empresas o profesionales* que, incluso si han cesado en su actividad económica, no por ello se encuentran en una situación de riesgo de exclusión social. Este puede ser frecuentemente el caso del comercio minorista, cerrado al público por mandato del artículo 10 del Real decreto 463/2020, y para el que varios ayuntamientos han acordado ya alguna suerte de ayuda económica. Las leyes sectoriales autonómicas no suelen atribuir a los municipios competencias expresas de promoción o fomento de la actividad económica. Y, en consecuencia, aquellas ayudas económicas no dirigidas a necesidades de emergencia social pueden carecer de cobertura competencial expresa. En estos casos podría actuar el artículo 7.4 LBRL, que atribuye a los municipios una competencia “propia general” en todos los asuntos de interés local (STC 41/2016, FJ 10 d), aunque esta competencia municipal universal precisa para su lícito ejercicio de un doble informe vinculante de sostenibilidad y no duplicidad. Hay que considerar, en principio, que el informe de no duplicidad corresponde a cada comunidad autónoma, en cuanto estatutariamente competente para el comercio interior o el desarrollo económico regional. En cambio, el informe de sostenibilidad corresponderá, conforme a los diversos estatutos de autonomía, o bien al Estado (Ministerio de Hacienda) o a la correspondiente comunidad autónoma. En lo que ahora importa, el informe autonómico de no duplicidad puede no ser especialmente complejo en aquellas comunidades autónomas que han optado por una definición legal muy estricta de la duplicidad²³. En tales casos, cabe una ayuda municipal inmediata allí donde aún no se hayan aprobado ayudas autonómicas. E incluso cuando ya haya algún tipo de ayuda autonómica, siempre que las subvenciones municipales atiendan a factores objetivos locales, diferenciados de los que puedan tener otras ayudas autonómicas. Mayores dificultades puede ofrecer

²¹ VELASCO CABALLERO, F., “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, *Anuario de Derecho Municipal* 2016, n. 10, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 23-46 (p. 44).

²² Así, por ejemplo: Decreto de 5 de mayo de 2020 del alcalde de Madrid, por el que se establecen medidas presupuestarias en relación con los gastos extraordinarios destinados a hacer frente al impacto económico y social derivado de la COVID-19.

²³ VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Anuario de Derecho Municipal* 2014, n. 8, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, pp. 22-53.

el informe de sostenibilidad para aquellos municipios que aún cuentan con un plan económico-financiero o un plan de saneamiento.

24. También son ayudas económicas, en sentido amplio, cualesquiera beneficios fiscales respecto de obligaciones tributarias. Aquí se incluye la *inexigencia o la devolución de tasas* por prestación de servicios municipales o por ocupación del dominio público. En estos casos, las decisiones municipales son regladas conforme al artículo 26.3 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (LHL), pues el devengo de la obligación tributaria derivada de una tasa que está vinculada a un hecho imponible (disfrute del servicio u ocupación del dominio público) que *de facto* ha desaparecido o ha quedado sustancialmente afectado por la pandemia o por las decisiones estatales o autonómicas a que ha dado lugar. Esta inexigibilidad o devolución plantea dificultades en aquellos casos en los que el servicio municipal (como el de recogida de basuras) se ha seguido prestando, si bien alguno de sus destinatarios no se ha beneficiado efectivamente del servicio (por ejemplo, por cierre del establecimiento público correspondiente)²⁴. Mayores dudas presenta una posible bonificación sobre la cuota íntegra del impuesto sobre bienes inmuebles (como la que se ha aprobado en algún ayuntamiento para compensar a los arrendadores que renuncien al cobro del alquiler a sus inquilinos) en la medida en que ninguno de los supuestos previstos en el artículo 74 LHL (en especial, en el art. 74. 2 *quater* LHL) se puede aplicar con carácter general, sin atender a las características de cada inmueble concreto, o al especial interés general de las actividades que se desarrollan sobre él.

25. De manera más o menos formal, activando expresamente o no los planes municipales de emergencias, numerosos municipios han desplegado servicios de *protección civil*. Esto se ha traducido, sobre todo, en la movilización de los voluntarios de protección civil, que han colaborado en labores asistenciales, de control o incluso sanitarias (como la distribución de mascarillas).

26. En el inicio del estado de alarma, algunos alcaldes dictaron bandos o decretos de alcaldía en los que se imponían *limitaciones* a la circulación de las personas, o a la actividad comercial, *adicionales* respecto de las establecidas con carácter general por el Gobierno en el artículo 7 del Real decreto 463/2020. Conocido es, por ejemplo, el bando del alcalde de Tres Cantos (que fue muy rápidamente revocado) en el que se limitaba a días alternos la movilidad de los vecinos, incluso para la realización de algunas de las actividades no prohibidas en el artículo 7 del Real decreto 463/2020. También el alcalde de Alcañiz precisó mediante un bando, de forma restrictiva, algunas de las prohibiciones impuestas por el Real decreto 463/2020. Algún alcalde, como el de Xeraco (Valencia) incluso ordenó el bloqueo físico, mediante vallas y cúmulos de tierra, de los accesos rodados al municipio. La rápida expansión de estos bandos motivó una comunicación de la Secretaría de Estado de Seguridad en la que expresamente se requería a los alcaldes a atenerse a la ejecución estricta, en sus propios términos, de las prohibiciones dictadas por el Gobierno o por los ministros que actuaban como

²⁴ BALLARÍN ESPUÑA, M., "Dos meses de estado de alarma: sus efectos en el ámbito financiero del Ayuntamiento de Barcelona", *Blog del Instituto de Derecho Local de la UAM*, 27 de mayo de 2020, www.idluam.org/blog.

“autoridades delegadas”²⁵. En aquella comunicación se cuestionaba la *competencia* municipal (en concreto, del alcalde) para imponer restricciones adicionales a la libertad de circulación, más allá de las “medidas de alarma” acordadas por el Gobierno. En mi opinión, la cuestión suscitada no se limita a la simple afirmación o negación de la competencia municipal. Confluyen aquí cuatro elementos normativos cuya interacción determina la posibilidad y alcance de restricciones municipales de la movilidad: el mandato constitucional de protección de la salud; las competencias sectoriales municipales; las autorizaciones legales para limitar derechos fundamentales; y la prevalencia de las decisiones estatales o autonómicas respecto de las municipales.

27. Lo primero que hay que tener en cuenta es que la protección de la vida (art. 15 CE) y de la salud (art. 43 CE) son *mandatos constitucionales* dirigidos a todos los poderes públicos; por tanto, también a los ayuntamientos. Esto significa, tal y como ha señalado ya el Tribunal Constitucional en relación con otros derechos y principios constitucionales²⁶, que corresponde a los municipios dirigir el ejercicio de sus competencias, incluso las no directamente relacionadas con la salud, hacia la superación del actual estado de pandemia. En consecuencia, no es imprescindible, para que los municipios desplieguen diversas actividades contra la COVID-19, la titularidad de una competencia específicamente sanitaria o relacionada con la salud pública. También otras competencias municipales permiten a los ayuntamientos, con los límites que fijen las leyes, adoptar iniciativas contra el contagio masivo de la COVID-19.

28. En segundo lugar, la existencia de una competencia municipal apta para adoptar medidas contra el contagio infeccioso no supone que el ayuntamiento pueda sin más imponer restricciones a la libre circulación. Tal y como argumentó el Tribunal Constitucional en la STC 132/2001, FJ 8, una cosa es la atribución por ley de competencias municipales y otra la *autorización legal* para que los ayuntamientos puedan imponer restricciones en el disfrute de los derechos fundamentales de los vecinos. Así, la simple atribución de una competencia material (por ejemplo, sobre tráfico) no incluye por sí la potestad de sancionar las contravenciones a las ordenanzas de circulación. Esto solamente es posible cuando la ley, además de atribuir la competencia, expresamente atribuye esa potestad de intervención o restricción de derechos.

²⁵ La comunicación se divulgó por medio de correos electrónicos. Oficiosamente (pues no fui receptor directo de la comunicación), el texto del requerimiento fue el siguiente:

“Se ha tenido conocimiento en esta Secretaría de Estado de Seguridad de que por parte de algunas corporaciones locales se están dictando por iniciativa propia disposiciones por las que se establecen restricciones a la movilidad ajenas a las recogidas en el Real decreto 463/2020.

Por tal motivo se comunica que el Real decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma, designa, en su artículo 4.3, al ministro del Interior como autoridad competente delegada para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarias para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio.

En consecuencia se recuerda que, si bien el RD 463/2020 no altera la titularidad de las competencias de las distintas administraciones, a los efectos de la adopción de medidas relacionadas con la observancia de las restricciones a la movilidad y restantes actuaciones contenidas en el mismo, las corporaciones locales únicamente están facultadas para la adopción de las medidas tendentes a la ejecución de las órdenes directas procedentes de la autoridad competente, siendo, en este contexto, incompetentes para la publicación de bandos u otras disposiciones que contengan medidas distintas de aquellas”.

²⁶ En relación con el mandato de protección del medio ambiente (art. 45 CE): SSTC 13/1998, FJ 7; 87/2019, FJ 4; 113/2019, FJ 4. En relación con el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135.1 CE): STC 41/2016, FFJJ 3 a) y 15, y STC 11/2016, FJ 4.

29. Hechas las anteriores aclaraciones, se puede empezar por comprobar en qué medida las leyes estatales atribuyen a los municipios *competencias* que puedan amparar medidas municipales contra la pandemia. Hay que aclarar de entrada que, aunque en este punto la confusión es muy frecuente, el listado de materias del artículo 25.2 LBRL no atribuye competencias sectoriales a los municipios. Es un listado de *materias de interés local* en el que las leyes sectoriales del Estado o de cada comunidad autónoma han de atribuir competencias propias a los municipios (STC 41/2016, FJ 10 b). En consecuencia, aunque el artículo 25.2 f) LBRL menciona expresamente la “policía local”, y el artículo 25.2 j) LBRL se refiere a la “protección de la salubridad pública”, estas menciones legales no enuncian competencias municipales, simplemente ordenan que otras leyes (estatales o autonómicas, según la materia) atribuyan competencias concretas a los municipios. Distinto es el caso de los *servicios públicos obligatorios*, donde el listado del artículo 26.1 LBRL al tiempo impone obligaciones de actuación municipal y la necesaria competencia para cumplir ese mandato.

30. Pues bien, proyectando todo lo anterior sobre la actual situación de emergencia sanitaria, se comprueba que las *leyes estatales* no atribuyen a los municipios una competencia específica sobre *salud pública*, que es una de las dos materias *a priori* más conectadas con la actual pandemia. La *protección civil*, que es otra de las materias competenciales más relacionadas con la emergencia sanitaria, sí aparece mencionada expresamente como servicio municipal obligatorio –y, por tanto, como competencia municipal– en el artículo 26.1 c) LBRL, si bien solo para los municipios de más de 20.000 habitantes. Para los municipios menores, la vigente Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, no contiene una clara atribución competencial al conjunto de los municipios, aunque sí algunas referencias indirectas o difusas a los ayuntamientos (arts. 15.2, 17.1, DA 9.^a). Parece, más bien, que la ley estatal ha considerado que, siendo la protección civil una materia tradicionalmente autonómica²⁷, corresponde precisamente a las leyes autonómicas atribuir competencias concretas a los municipios, en ejecución del mandato del artículo 25.2 f) LBRL. También corresponde a cada municipio la gestión de los *espacios y dotaciones públicas locales*, todos ellos bienes demaniales cuya defensa (art. 82 LBRL) y policía (art. 74 TRRL) corresponde a los correspondientes ayuntamientos. Ello permite una ordenación del uso común general de estos bienes al servicio del principio constitucional de protección de la salud (art. 43 CE), que vincula directamente a los ayuntamientos. Tal competencia municipal para ordenar el uso común general de las dotaciones y espacios públicos está enunciada expresamente por el artículo 26.1 b) LBRL para los *parques públicos*. Otras hipotéticas competencias municipales, directamente atribuidas por la legislación básica de régimen local, son más difusas o imprecisas. Es el caso de una hipotética competencia municipal sobre *convivencia cívica*, que difícilmente se puede construir sobre la simple mención legal al poder de aprobar ordenanzas para intervenir la actividad de los ciudadanos (art. 84.1 a) LBRL)²⁸.

²⁷ BARCELONA LLOP, J., *La protección civil municipal*, Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2007, p. 203.

²⁸ Véase en cambio: JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Públic, Barcelona, 2006, pp. 29-92 (p. 70).

31. Aparte de las leyes estatales, las *leyes autonómicas* han atribuido a los municipios diversas competencias que pueden legitimar la ordenación de conductas a fin de impedir el contagio. En este caso no hay un patrón competencial único. Hay comunidades autónomas más generosas o más restrictivas en la atribución de competencias municipales. En Cataluña, por ejemplo, las leyes atribuyen a los ayuntamientos competencias suficientes para combatir los contagios²⁹, y lo mismo se puede decir de Canarias³⁰. Más notorio aún es el caso de Andalucía, cuya ley general de régimen local atribuye a los municipios competencia sobre “promoción, defensa y protección de la salud pública”³¹. Al otro lado, en comunidades autónomas como Galicia o Madrid, las competencias municipales para abordar el contagio de la COVID-19 son menos expresas, extensas o diáfanas, pero no inexistentes³².

32. Tal y como se ve hasta aquí, son varios los títulos competenciales que permiten a los ayuntamientos, con mayor o menor amplitud, adoptar medidas de distancia social contra la propagación del virus. Pero esas competencias no amparan por sí cualesquiera formas de actuación municipal, como la limitación de la movilidad en los espacios públicos. Cuando se trata de imponer *restricciones* al ejercicio de derechos fundamentales –como la libertad de circulación, el derecho de reunión o la libertad religiosa–, no basta con la titularidad municipal de una materia competencial, atribuida por la ley. Dado que la limitación o restricción de derechos fundamentales está reservada a la ley (art. 53.1 CE), las posibles limitaciones municipales han de estar mínimamente *previstas, autorizadas o programadas* en la ley. Esto es, no basta con que la ley haya reconocido la posible actuación municipal en una materia, mediante la atribución de la correspondiente competencia (protección civil, sanidad, uso común de los espacios públicos)³³. Es necesario, además, que la ley haya predeterminado los supuestos normativos y el posible alcance de las medidas municipales limitativas de

²⁹ La ley catalana de régimen local atribuye directamente competencias municipales sobre “seguridad en lugares públicos” (art. 66. 3 a) del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña [TRLRMLC] o sobre “salubridad” (art. 66.2 h) TRLRMLC). También el artículo 52 d) de la Ley catalana 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública, atribuye a los municipios competencias para la “gestión del riesgo contra la salud” en equipamientos públicos.

³⁰ La Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias, reconoce al alcalde la condición de “autoridad sanitaria” (art. 28) y atribuye al ayuntamiento ciertas competencias propias sobre salud pública (art. 47.1).

³¹ Esta competencia incluye: “(...) c) el control preventivo, vigilancia y disciplina en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud (...) f) el control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana (...) i) el control sanitario de industrias, transporte, actividades y servicios (...) y j) el control de la salubridad de los espacios públicos (...)” (art. 9.13 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía: LALA). También el artículo 9.14 LALA atribuye a los ayuntamientos competencia sobre la “ordenación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública, que incluye: a) El control, vigilancia, inspección y régimen sancionador de los establecimientos de pública concurrencia (...) d) La autorización de condiciones específicas de admisión de personas en los establecimientos de espectáculos públicos y actividades recreativas (...) f) La elaboración, aprobación, implantación y ejecución del Plan de Emergencia Municipal, así como la adopción, con los medios a disposición de la corporación, de medidas de urgencia en caso de catástrofe o calamidad pública en el término municipal (...) k) La ordenación de las relaciones de convivencia ciudadana y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos municipales.

³² En el caso de Galicia, sería relevante el artículo 86.1 e) de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, que atribuye competencia municipal “complementaria” sobre “la atención primaria a la salud”. También el artículo 80.2 d) y e) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, reconoce ciertas competencias municipales de control sanitario de espacios y productos, lo que sin dificultad legitima actuaciones de evitación de contagios.

³³ Otra opinión, en parte, en ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 212.

la libertad individual. Es necesario, entonces, que una ley *autorice* las posibles limitaciones, en materias de *competencia* municipal.

33. Con carácter general, las leyes de *salud pública* no autorizan a los ayuntamientos a adoptar medidas *restrictivas* de la libertad de circulación, garantizada por el artículo 19 CE. El artículo 54 de la Ley 33/2011, de salud pública, prevé la adopción de “cuantas medidas sean necesarias” cuando concurran “motivos de extraordinaria gravedad y urgencia”, pero solamente el Estado y las comunidades autónomas –no los municipios– pueden adoptar tales medidas. Un poco diferente es el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que autoriza a adoptar “medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” a “las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas, dentro del ámbito de su competencia”. En este caso la ley orgánica no limita al Estado y a las comunidades autónomas la posible adopción de medidas limitativas de la libertad individual. La ley autoriza a acordar tales medidas a cualquier Administración pública “dentro del ámbito de su competencia”. Esto significa que allí donde las leyes autonómicas han reconocido a los municipios competencias sobre salud pública, como ocurre en Andalucía y Canarias (*supra* § 31), los correspondientes ayuntamientos están facultados para imponer restricciones (locales) en el ejercicio del derecho fundamental de circulación (art. 19 CE). Fuera de la materia estrictamente sanitaria, algunas otras leyes también prevén la imposición municipal de límites a la libre circulación, aunque estas otras leyes no siempre presentan la misma amplitud. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 48.2 de la Ley catalana 4/1997, de protección civil, que apodera a los ayuntamientos para adoptar algunas restricciones a la libertad de los ciudadanos, aunque sin llegar al confinamiento.

34. Finalmente, la última cuestión jurídicamente relevante, sobre la competencia para imponer limitaciones municipales a la libre circulación, se refiere a qué órgano de gobierno municipal, dentro de cada ayuntamiento, puede ejercer la competencia y la autorización legal para restringir la libre circulación de los vecinos, imponiendo medidas de distancia social. Esto es precisamente lo que regulan los artículos 21.1 m) y 124.4. h) LBRL, al enunciar la competencia de la alcaldía para adoptar las medidas necesarias en situación de catástrofe. Como ya se dijo más arriba (*supra* § 18), estos preceptos no otorgan competencia alguna a los ayuntamientos, ni los autorizan a limitar ningún derecho fundamental. Simplemente, los artículos 21.1 m) y 124. 4 h) LBRL (y sus correspondientes para los municipios de Madrid y Barcelona) atribuyen al alcalde competencias extraordinarias *respecto del pleno*. Pero ni amplían el ámbito de competencia municipal ni autorizan por sí ninguna restricción de derechos.

35. Se ha dicho hasta aquí que allí donde hay *competencia* municipal (atribuida por ley) y donde además hay *autorización legal* suficiente (también atribuida por ley), el ayuntamiento, a través del alcalde, puede imponer limitaciones a la libre circulación de las personas. Es cierto que tanto los títulos competenciales municipales como buena parte de las autorizaciones legales para limitar la libertad son –con la excepción de las leyes de protección civil– imprecisas o muy genéricas. Y por sí solas *no amparan cualquier medida* de emergencia de la alcaldía. En consecuencia, la cuestión jurídica

central no es tanto (frente a lo que sugería la comunicación de la Secretaría de Estado de Seguridad ya mencionada *supra* § 26) la existencia de competencia municipal en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. La cuestión capital es, más bien, la de los *límites de los límites*³⁴. Esos límites son básicamente dos: el principio de proporcionalidad y la prevalencia de las decisiones supramunicipales.

36. En primer lugar, el principio de *proporcionalidad*, propio de todo Estado de derecho (art. 1.1 CE), proscribire restricciones a los derechos fundamentales que, aun autorizadas en abstracto por la ley, en el caso concreto sean inidóneas, innecesarias o desequilibradas (en relación con los otros bienes o derechos que pretende proteger). El segundo límite tiene carácter *competencial*. Si bien un ayuntamiento puede imponer sacrificios a la libertad, en materias en las que sea competente, previa autorización legal y de forma proporcionada, esos posibles mandatos municipales *carecen de prevalencia* o primacía frente a las decisiones de emergencia aprobadas por el Estado o la correspondiente comunidad autónoma. En efecto, las decisiones municipales de emergencia, en la medida en que *concurren* con otras competencias de emergencia del Estado o de las comunidades autónomas, no pueden *contradecir o dificultar* la eficacia de las decisiones extraordinarias dictadas por el Estado o la correspondiente comunidad autónoma, cada uno en el ámbito de sus competencias. Porque, siguiendo la pauta argumental de la jurisprudencia constitucional (por ejemplo STC 40/1998), en ámbitos de concurrencia competencial de varias entidades territoriales debe prevalecer aquella competencia que expresa el *interés general* más amplio, lo que normalmente hace prevalecer el ejercicio de la competencia estatal (respecto de la autonómica o local) o de la autonómica (respecto de la municipal)³⁵. Así ocurre, de una forma expresa y manifiesta, con las restricciones de la libre circulación por parte del Gobierno durante el estado de alarma.

37. Por lo dicho, para poder argumentar la prevalencia de las restricciones estatales, respecto de las municipales, es necesario determinar si las prohibiciones y mandatos añadidos por un alcalde, en el contexto de la COVID-19, concurren y entran en conflicto con las medidas limitativas contenidas en el artículo 7 del Real decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma, y las sucesivas órdenes ministeriales que lo concretan. En este análisis hay que tener en cuenta que cada una de las restricciones a la libertad acordada por el Gobierno en el artículo 7 del Real decreto 463/2020 resulta de una ponderación entre diversos bienes jurídicos, todos ellos de relevancia constitucional. Esto es, el sacrificio en el ejercicio del derecho a la libre circulación (art. 19 CE) resulta de la ponderación de este derecho, en el contexto concreto de la pandemia, con el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) y con el principio constitucional a la protección de la salud (art. 43 CE). En consecuencia, dado que las limitaciones impuestas por el Gobierno expresan un determinado equilibrio entre diversos bienes constitucionales, un aumento o reducción de las prohibiciones –por parte de un ayuntamiento– afectaría a ese equilibrio y, por tanto, *contradiría*

³⁴ Por todos: VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., "Los límites a los derechos fundamentales", Bastida Freijedo, F.J. (coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 120-150 (p. 133).

³⁵ GARCÍA MORALES, V.Y., *Prevalencia en la planificación territorial*, cit., p. 102.

la *ponderación* ínsita en las prohibiciones prevalentes dictadas por el Gobierno. Esto excluye la posibilidad de que un alcalde realice una *valoración política diferenciada* de los datos epidemiológicos considerados y valorados por el Gobierno a la hora de ponderar los bienes jurídicos en juego. Pero no impide que, allí donde se den *circunstancias fácticas singulares y cualificadas*, que precisamente por su dimensión marcadamente local no hayan podido ser consideradas por el Gobierno en su valoración y ponderación general, el alcalde dicte medidas prohibitivas adicionales. Se traslada aquí la idea, ya expuesta con carácter general para la regulación de derechos fundamentales por ordenanza municipal, de que la vigencia efectiva de los derechos fundamentales requiere de un *ajuste singular*, para adecuar su contenido general al contexto territorial concreto en el que han de actuar³⁶. La clave estará entonces en la efectiva existencia de una *información epidemiológica localizada, cierta y determinante*, que justifique la adopción de restricciones adicionales a la libertad por un alcalde. Sin esa información, y con el suficiente nivel de precisión, el alcalde no estaría actuando al margen de las competencias municipales, pero sí estaría ejerciendo esa competencia de forma ilegal.

4 Ayuntamientos en la desescalada

38. En el lenguaje común ha arraigado el término *desescalada* para designar el tiempo y las actuaciones públicas y privadas a partir del momento en el que se considera controlada –aunque no erradicada– la COVID-19. En este tiempo se revocan algunas de las limitaciones más severas a las actividades privadas, pero se mantienen muchas reglas *de distancia social*. Y, al tiempo, se disponen nuevas medidas que asumen que el riesgo de contagio seguirá vivo durante varios meses. El proceso de desescalada está guiado por el denominado “plan de transición hacia una nueva normalidad”, que fue aprobado por el Gobierno el pasado 28 de abril³⁷ y que está inspirado en una recomendación de las presidencias del Consejo Europeo y de la Comisión³⁸. En el “plan de transición hacia una nueva normalidad” se programan cuatro fases de desescalada, desde la 0 inicial hasta la 3. Y se identifican e integran varios vectores de actuación pública: el refuerzo de la capacidad sanitaria; la contención del contagio; la reactivación económica; y acción social, de apoyo a las personas más desfavorecidas.

39. Aunque desde el punto de vista epidemiológico y político se puede hablar genéricamente de desescalada, desde la perspectiva jurídica tiene sentido distinguir entre dos órdenes normativos diferenciables: la desescalada en *régimen de alarma*; y la desescalada en régimen de simple (*sic*) *emergencia sanitaria*. Es cierto que el “plan de transición” del Gobierno expresamente prevé que la desescalada, en todas sus fases, se desarrolle a través de sucesivas prórrogas del estado de alarma. Pero las dificultades parlamentarias ya en la cuarta prórroga muestran que una parte de la desescalada tendrá lugar en un orden jurídico distinto al del estado de alarma. En todo

³⁶ ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, cit., p. 212.

³⁷ <https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/planDesescalada.htm>.

³⁸ *Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19* (2020/C 126/01), p. 4.

caso, la actividad de los municipios durante la desescalada, se produzca en régimen de alarma o de “simple” emergencia sanitaria, se puede explicar por su conexión con las líneas generales de actuación pública definidas en el plan de transición del Gobierno.

40. En lo que se refiere al reforzamiento de las *capacidades sanitarias*, la actividad municipal es limitada, pues se trata de una tarea fundamentalmente autonómica. La actividad municipal apenas es de simple colaboración en la gestión de la atención primaria de la salud, salvo que las leyes autonómicas (de régimen local o sectoriales) hayan atribuido competencias sanitarias más amplias a los municipios. Es cierto que la LRSAL de 2013 suprimió el artículo 25.2 j) LBRL, que expresamente se refería a la “participación [municipal] en la gestión de la atención primaria de la salud”. Pero hoy no cabe ninguna duda de que aquella modificación legal solo significa que las comunidades autónomas ya no están obligadas a atribuir competencias a los municipios en esa materia, pero no impide que cada comunidad autónoma, como opción política propia, atribuya esas competencias a sus municipios. De hecho, ya se expuso más arriba que algunas leyes autonómicas de sanidad o salud pública han atribuido competencias sanitarias a los municipios (*supra* § 31), lo que les permite actuar –bajo la dirección y coordinación autonómica y, en su caso, estatal– en el reforzamiento de las capacidades sanitarias de atención primaria.

41. Algo mayor puede ser la actividad municipal en relación con la *salud pública*. En este ámbito es fundamental la prevención del contagio, lo que incluye tanto la información a los vecinos (sobre actividades de riesgo o sobre medidas de protección) como el mantenimiento de distancias intersubjetivas y el control de la movilidad ciudadana. Las reglas de distancia social pueden provenir directamente del Estado, como hasta ahora. Así, incluso en la fase “0” de la desescalada diversos ministerios han dictado nuevas reglas de distancia social, menos severas que las iniciales³⁹. También es posible que, al igual que ha ocurrido en la fase muy inicial del contagio, antes del estado de alarma (*supra* § 5), algunas comunidades autónomas adopten medidas adicionales o complementarias de los mandatos estatales, siempre que no entren en contradicción o dificulten la eficacia de las medidas estatales. Según esto, la posible actuación municipal de salud pública está en relación directa con la actividad que despliegan el Estado y cada comunidad autónoma. Y esto depende, a su vez, de la vigencia o extinción del estado de alarma.

42. *Vigente* el estado de alarma, ya se ha explicado antes que los ayuntamientos están estrechamente vinculados a las medidas dictadas por el Gobierno, aunque también hay un margen para decisiones autonómicas y para medidas municipales adicionales (*supra* § 20). *Fuera* del estado de alarma, el Estado aún conserva una importante competencia sobre “emergencias de salud pública” (art. 52 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública: LGSP) y sobre cualesquiera “emergencias de carácter nacional” (arts. 28 a 30 de la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil: LSNPC). En situación de “emergencia sanitaria”, el ministro de Sanidad –en

³⁹ Es el caso de la Orden SND/370/2020, de 25 de abril, que facilita la movilidad de los niños; de la Orden SND/380/2020, de 30 de abril, sobre actividad física no profesional al aire libre; de la Orden 386/2020, de 3 de mayo, sobre actividad comercial, de hostelería y restauración; o de la Orden SND/388/2020, de 3 de mayo, sobre comercios, servicios y práctica del deporte profesional.

cuanto “autoridad sanitaria” – puede adoptar no solo las medidas de restricción de la libertad enunciadas en el artículo 54.2 LGSP, sino también las permitidas por el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Y, en el caso de que la situación sanitaria se califique también como emergencia civil, el ministro del Interior puede adoptar todas las medidas previstas en el artículo 9 *bis* LSNPC. Ahora bien, aunque una autoridad ministerial también puede adoptar medidas extraordinarias de distanciamiento intersubjetivo, su ejecución efectiva no es idéntica a la regulada en el estado de alarma. Conforme al artículo 52.3 LGSP, el ministro de Sanidad puede “adoptar medidas sobre coordinación y ejecución de las actuaciones de salud pública”, e incluso adoptar por sí “medidas de intervención especial”. Hasta aquí, la competencia y potestad de intervención ministerial no se distingue de la que es propia del estado de alarma. Sin embargo, para la ejecución de esas medidas, la autoridad sanitaria estatal únicamente puede “solicitar el apoyo, auxilio y colaboración” de otros órganos administrativos, lo que sin duda incluye a los órganos municipales. Algo similar se puede decir de las emergencias de protección civil, en las que el ministro del Interior asume la dirección de la actuación pública durante una “emergencia de interés general”, lo que incluye “la ordenación y coordinación de las actuaciones y la gestión de todos los recursos estatales, autonómicos y locales” (art. 28.1 LSNPC) y la facultad de “requerir la colaboración de las diferentes administraciones públicas” (art. 28.2 LSNPC).

43. Pues bien, parece claro que esta posibilidad de “solicitar” el apoyo o *auxilio* de otras entidades y órganos públicos es algo distinto de la referencia del artículo 9.1 LOEAES a que, durante el estado de alarma, “todas las autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado (...) quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza”, y que la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, declarara expresamente que todas las policías locales se encontraban “bajo las órdenes del ministro del Interior” (art. 1.5) y que su actividad “prioritaria” era la lucha contra la COVID-19. Parece claro que esta subordinación de las policías locales al Ministerio del Interior es algo cualitativamente distinto de la asistencia y auxilio. Esto es, si durante el estado de alarma todos los órganos municipales de España están *subordinados* a los correspondientes ministerios, fuera del estado de alarma se activan los *deberes de colaboración* que, con carácter general, se regulan hoy en el artículo 141 LRJSP. Esta distinción guarda cierta correspondencia con la oposición, presente en el derecho comparado y europeo, entre el “préstamo orgánico” (*Organleihe*), en el que un órgano administrativo actúa para una Administración pública distinta de la propia, y la asistencia o auxilio (*Amtshilfe*), en la que un órgano ayuda a otro⁴⁰. Puede ser que, en la práctica, no siempre se pueda distinguir con claridad entre la subordinación y el auxilio. Pero la diferencia jurídica es real. En la relación de *subordinación* hay una autoridad que

⁴⁰ MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14.ª ed., C.H. Beck, München, 2002, p. 542. En relación con la “Unión administrativa europea”, HARINGS, L., “Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen”, Schmidt-Assman, E., y Schöndorf-Haubold, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 127-152 (p. 144).

ordena y otra que obedece; en el auxilio, hay una autoridad que solicita y otra que está obligada a colaborar con ella, en la medida de sus posibilidades y conforme a su propio régimen interno. En el estado de alarma, cualquier medida del Gobierno o ministerial se impone sobre cualquier ley vigente y, por tanto, el órgano subordinado no puede oponer norma alguna a la autoridad de alarma, ni competencial, ni presupuestaria, ni organizativa. En cambio, en la emergencia sanitaria fuera del estado de alarma el *deber de auxilio* ha de hacerse en el marco del derecho vigente (y, por tanto, en el marco de las competencias, por los procedimientos, con las garantías y conforme a la organización y los créditos presupuestarios que rijan en cada entidad local)⁴¹. De entrada, el artículo 141.2 prevé que la asistencia y colaboración solicitada podrá negarse cuando el órgano requerido “(...) no esté facultado para prestarla de acuerdo con lo previsto en su normativa específica, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones o cuando la información solicitada tenga carácter confidencial o reservado”⁴². Parece obvio que estos límites no rigen durante el estado de alarma, conforme al artículo 9.1 LOEAES.

44. La actuación municipal relacionada con la salud pública, tanto en régimen de alarma como en régimen de simple emergencia sanitaria, está muy determinada por el grado de *uniformidad* que presenten las medidas del Gobierno (y, en su caso, de cada comunidad autónoma). En el inicio de la desescalada, aunque *todavía bajo estado de alarma*, el Gobierno ha optado por iniciar una cierta territorialización y localización de las medidas de distancia social.

45. La *territorialización* consiste en una mayor participación o decisión de las comunidades autónomas en las medidas de alarma. En primer lugar, la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, dio a las comunidades autónomas participación en el proceso decisorio propio de la desescalada (“cogobernanza” lo llama la orden). En un segundo escalón se encuentra el Real decreto 514/2020, de 8 de mayo, que prorrogó por cuarta vez el estado de alarma, y en cuyo artículo 4 establecía que en el proceso de desescalada “el Gobierno podrá acordar conjuntamente con cada comunidad autónoma” los mandatos y prohibiciones aplicables en su territorio; además, según el mismo artículo 4, esas medidas acordadas y territorializadas “serán aplicadas por quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma, como representante ordinario del Estado en el territorio”. En aplicación del mismo Real decreto 514/2020, la extensa Orden SND 399/2020, de 9 de mayo, que aprobó las “medidas de alarma” para las unidades territoriales que a partir del día 11 de mayo pasaron a la “fase 1” del “plan de transición a la nueva normalidad”, introdujo pequeños espacios de decisión autonómica. En concreto, en su artículo 7.3 y 4 abrió un pequeño ámbito de decisión propia al *lendakari* vasco a la hora de aplicar las restricciones generales de movilidad

⁴¹ SANZ RUBIALES, I., “Marco general de las relaciones interadministrativas”, Eduardo Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2849-2890 (p. 2866).

⁴² El límite al auxilio, en la STS de 7 de julio de 2002 (rec. 5696/1997).

en el País Vasco⁴³. Esa actividad aplicativa del lendakari, en cuanto directamente vinculada a las medidas gubernativas de alarma, se regía por el régimen extraordinario propio del estado de alarma. En consecuencia, el lendakari podía desbordar el orden competencial legal y estatutario tanto horizontalmente (respecto del Parlamento Vasco) como verticalmente (respecto de los territorios históricos y los municipios). En otros términos: conforme al artículo 9.1 LOEAES, en la aplicación de las medidas gubernativas de alarma, todas las autoridades civiles en el País Vasco quedaban “bajo las órdenes directas” del lendakari.

46. Junto a la territorialización autonómica, en la fase de desescalada, aún en estado de alarma, se inició una cierta *localización o municipalización* de las medidas de salud pública. El alcance de esta municipalización ha estado muy condicionado por el alcance final de la territorialización autonómica, y por las decisiones de salud pública que efectivamente adopte cada comunidad autónoma. Para las “unidades territoriales” que fueran pasando a la “*fase 1*” del plan de desescalada, la Orden SND 399/2020, de 8 de mayo, abría varios espacios de decisión municipal, de manera que los ayuntamientos ya no solo ejecutaban las decisiones de alarma del Gobierno, sino que también disponían de un margen de propia definición o modulación de esas medidas. Así, correspondía a cada ayuntamiento disponer sobre la reanudación –o no– de la venta no sedentaria, a través de mercadillos (art. 10.6 de la Orden SND 399/2020). Recuérdese que la ocupación del espacio público mediante venta ambulante es una *competencia municipal*, de manera que la Orden SND/399/2020 carecía de relevancia competencial, simplemente levantaba la prohibición preexistente (en el art. 10 del Real decreto 463/2020) permitiendo que cada ayuntamiento, en el ejercicio de su competencia previa, cumpliera de forma localizada y ponderada con el mandato de protección de la salud pública (art. 43 CE) que incumbe a todos los poderes públicos. Algo similar se puede decir sobre la reapertura de las terrazas al aire libre con hasta el 50% de su capacidad previa (art. 15.1 Orden SND/399/2020). Junto a esto, en aquellos casos en que fuera el propio ayuntamiento quien organizase actividades culturales o quien prestase servicios con contacto social (como los servicios deportivos al aire libre y en espacios cerrados), correspondía también al ayuntamiento optar por reiniciar esas actividades y servicios, con las nuevas limitaciones de aforo y los mandatos de prevención (arts. 33, 41 y 42 Orden SND/399/2020), o posponer dichas actividades a un momento posterior de la desescalada. En el proceso de territorialización autonómica, en paralelo a la local, ese margen de opción municipal ha sido constreñido en algunas comunidades autónomas⁴⁴.

47. Una novedad que añadía la disposición adicional 5.^a de la Orden SND/399/2020 era que sus medidas “[podían] ser completadas por planes específicos de seguridad, protocolos organizativos y guías adaptadas a cada sector de actividad que aprueben las administraciones públicas (...)”. Se daba entrada con esto a que cada ayuntamiento

⁴³ Ese espacio competencial creado por la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, se concretó en el Decreto 8/2020, de 10 de mayo, del lendakari.

⁴⁴ Así, en el País Vasco, el lendakari, por medio del Decreto 8/2020, de 10 de mayo, expresamente prohibió (en la primera fase de la desescalada) la apertura de instalaciones deportivas públicas (y, por tanto, de polideportivos y gimnasios municipales).

podiera detallar el alcance de las medidas gubernamentales. Esa reglamentación ya era previa posible al amparo de la potestad municipal de autoorganización (art. 4.1 a) LBRL), de la competencia municipal para dictar medidas de urgencia (art. 21.1 m) LBRL), o como medidas adicionales municipales, en ejercicio de competencias propias (*supra* § 20). Lo singular y nuevo es que aquellos planes, protocolos y guías previstos en la DF 5.^a de la Orden SND/399/2020 se podían dictar *en régimen de alarma*, no en ejercicio de las competencias y potestades municipales ordinarias. Y, por tanto, los límites propios de esos protocolos, guías y planes estaban en la propia orden ministerial, en el Real decreto 514/2020 (que prorrogaba el estado de alarma declarado inicialmente por el Real decreto 463/2020), en la LOEAEES y en la Constitución. Tratándose de protocolos o guías en ejecución o desarrollo de medidas gubernativas de alarma, su régimen jurídico era el propio de las decisiones de alarma, *no el régimen local ordinario*. Hay que recordar que, conforme al artículo 9.1 LOEAEES, a partir de la declaración del estado de alarma todas las autoridades civiles (y, por tanto, también las municipales) quedan “bajo las órdenes” de las autoridades estatales. De esta manera, igual que los controles de confinamiento realizados en fase de “escalada” se sometían al régimen jurídico de la alarma (y por eso las posibles sanciones por denuncias municipales se regían por el art. 10 LOEAEES y por el art. 20 del Real decreto 463/2020), también los planes, protocolos y guías municipales que “completan” las órdenes o medidas gubernamentales de alarma se regían por el régimen jurídico propio del estado de alarma. Esto supone que el límite propio a la reglamentación local no se encontraba en las competencias ni en los procedimientos propios del régimen local, sino en su adecuación a las propias medidas gubernativas de alarma a las que complementaban.

48. Más importante aún que la ejecución y desarrollo municipal de las medidas gubernativas de distancia social es la facultad municipal de ordenar el *uso de los espacios públicos* para facilitar el cumplimiento de dichas distancias. Se incluyen aquí las medidas de peatonalización de calles, para ampliar el espacio de los viandantes, la señalización de pasillos peatonales en las aceras o cruces, o incluso la habilitación de viales solo para bicicletas. Todas estas medidas, pese a su importancia real, *no son ni ejecución ni desarrollo* de las medidas sanitarias de salud pública. Son medidas municipales *coadyuvantes* a la eficacia de los mandatos de distancia social, pero no su ejecución. En consecuencia, no se rigen por el régimen extraordinario del estado de alarma, sino por el derecho local *ordinario*. Esto es, todas esas medidas municipales se ejercen conforme a las competencias municipales propias, de acuerdo con la distribución interna del poder entre los órganos municipales de gobierno, y en los límites de las distintas leyes y ordenanzas sectoriales. Más arriba ya se hizo referencia a la competencia municipal para la ordenación de los espacios públicos, como las calles, plazas y parques (*supra* § 30), a lo que hay que añadir ahora también la competencia municipal sobre movilidad, atribuida expresamente por el artículo 7 a), b) y c) del Real decreto legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

49. En la segunda fase de desescalada, conforme a lo establecido en el Real decreto 537/2020, que contiene la quinta prórroga del estado de alarma, se ha mantenido la

Regap



ESTUDIOS

territorialización autonómica y, en paralelo, la *municipalización* del estado de alarma. Así, conforme a la Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, en la “fase 2” de la desescalada las comunidades autónomas pueden modificar –con límites– el aforo de los museos (art.3.3) o de los establecimientos de hostelería y restauración (art. 3.5), lo que lógicamente repercute también sobre los ayuntamientos. Más allá, en lo que se refiere directamente a los municipios, se prevé que los ayuntamientos puedan solicitar al Ministerio de Sanidad la no aplicación de las medidas de flexibilización correspondientes a la “fase 2” (art. 9.1 de la Orden SND/427/2020). También la misma Orden impone a los ayuntamientos la elaboración de “planes de adecuación de los espacios públicos” (art. 10). Tal y como se ha dicho ya más arriba (*supra* § 30), el derecho local ordinario ya permitía a los ayuntamientos ordenar el uso de los espacios públicos para evitar los contagios. La novedad ahora es que la “adecuación” de los espacios públicos se realiza *en régimen de alarma*, no ordinario, y, por tanto, con desplazamiento de cualesquiera límites normativos que pudieran dificultar su efectividad. Y precisamente porque estos planes de “adecuación” de los espacios públicos se realizan en régimen de alarma, al amparo de la facultad gubernativa de dar órdenes a cualesquiera autoridades (art. 9.1 LOEAE), la misma orden ministerial que impone esos planes dispone que serán elaborados por los ayuntamientos bajo la *coordinación* de las comunidades autónomas. En condiciones normales, ese poder de coordinación autonómica solamente sería posible si estuviera expresamente previsto en la ley (art. 59 LBRL). Pero, tratándose de una medida de alarma, no rige esa exigencia legal. Algo similar se puede decir para el *uso de las playas*. También aquí el artículo 5.4 de la Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, autoriza a los ayuntamientos a establecer limitaciones de ocupación, distancias mínimas, reglas de acceso y límites de permanencia en las playas⁴⁵. Estas facultades municipales resultan del mandato de distancia intersubjetiva mínima de dos metros en las playas (art. 5.4.1 de la Orden), por lo que las facultades municipales tienen como único fin “asegurar” su cumplimiento. En régimen ordinario, y conforme a la legislación de costas, los ayuntamientos no disponen de facultades tan amplias para disciplinar el uso de las playas. Así, por ejemplo, el artículo 54.2 del Reglamento de costas (Real decreto 876/2014, de 10 de octubre) reserva a la Administración estatal (previo informe autonómico y municipal) la fijación de los accesos públicos a las playas, así como los aparcamientos correspondientes. De otro lado, los artículos 68.2, 69.2 y 74 del Reglamento de costas fijan ratios o límites de ocupación de las playas. Pues bien, durante el estado de alarma, y conforme a lo establecido en el artículo 5.4

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el Decreto de la Alcaldía de Sopela (Vizcaya) de 27 de mayo de 2020, que ordena:
 PRIMERO. El cierre parcial del parking de acceso a las playas de Barinatxe y Arriatera, así como el cierre total del parking de acceso a la playa de Atxabiribil y, en consecuencia, la prohibición de estacionar o circular en dichas zonas. Podrá establecerse una mayor apertura o bien de forma parcial o total en determinadas horas o días de la semana siempre y cuando la evolución de la alerta sanitaria y el aforo de los arenales lo permitan.
 SEGUNDO. El desalajo o la limitación de acceso a las playas de Barinatxe, Arriatera y Atxabiribil, en función de las indicaciones del personal de la Diputación Foral de Bizkaia, del Servicio de Salvamento y Socorrismo o de los datos que se puedan obtener por otros medios por los que se pueda advertir que el nivel de ocupación de la playa pueda ocasionar un riesgo para la salud de las personas usuarias.
 TERCERO. La prohibición de deporte individual y/o colectivo en los arenales, desde las 11.00 hasta las 20.00 horas
 CUARTO. La recomendación a las personas usuarias de un tiempo máximo de permanencia en las playas de tres horas.
 QUINTO. La recomendación a las personas usuarias de no portar sombrillas, sillas, hamacas, colchonetas, etc., salvo que se considere estrictamente necesario.

de la Orden SND/440/2020, cada ayuntamiento es competente para disciplinar el uso común de las playas a fin de mantener la distancia social de dos metros, lo cual puede justificar una superficie de playa ocupada superior a la que de ordinario permitiría el Reglamento de costas.

50. Se aludía más arriba (*supra* § 38) a que el denominado “plan de transición a una nueva normalidad” se refiere, junto a la actuación sanitaria y de salud pública, también a la *reactivación económica y a la asistencia social*. Aunque las iniciativas públicas en estos dos ámbitos se han iniciado durante la vigencia del estado de alarma, su efectivo desarrollo no está condicionado jurídicamente por esa situación constitucional extraordinaria. Al igual que la mayoría de los reales decretos-leyes dictados por el Gobierno durante la “escalada” no se rigen por el régimen jurídico de la alarma (porque no contienen medidas directas contra la pandemia, sino contra sus devastadores efectos económicos y sociales), así también las actuaciones públicas en materia económica y social en la fase de “desescalada” se rigen por el *derecho ordinario*. En lo que hace a la actividad municipal, esto significa que los órganos municipales no actúan “a las órdenes” de las autoridades estatales, sino en sus ámbitos competenciales propios, y en los límites de las correspondientes leyes y reglamentos de régimen local y sectoriales. Esto implica que la desescalada municipal puede adoptar expresiones muy diversas, en función de las correspondientes comunidades autónomas. Así, mientras en algunas comunidades autónomas los municipios son competentes para fomentar o promocionar la actividad económica (por ejemplo, en Andalucía conforme al art. 9 apartados 16, 17 c) y 21 de la LALA), en otras comunidades, como Madrid, esta posibilidad es mucho más limitada (*supra* § 23). Todas estas ayudas, dado que no son medidas de alarma, se rigen por el derecho ordinario. Esto es, por la Ley general de subvenciones (LGS), por las leyes autonómicas de subvenciones e incluso por cada una de las ordenanzas municipales de subvenciones⁴⁶. En principio, y conforme a la previsión extraordinaria prevista en el artículo 22.3 c) LGS, las ayudas municipales a la reactivación económica pueden concederse directamente, sin necesidad de convocatoria competitiva previa. Pero, aun siendo esto posible, no es la opción idónea, en términos de buena administración, para un proceso masivo de subvenciones, a un número muy elevado de beneficiarios y consumiendo una parte importante de los recursos municipales. Mejor opción es configurar normativamente –*por ordenanza*– un procedimiento ágil y extraordinario de concurrencia y otorgamiento, que garantice un cierto nivel de homogeneidad, igualdad de trato, publicidad y control intersubjetivo de las ayudas, limitando así posibles desviaciones en la gestión de los ingresos públicos.

51. Las distintas medidas municipales de desescalada se proyectan sobre un mismo fenómeno (la pandemia y sus efectos sociales y económicos) e *interactúan* entre sí. Así, las medidas relativas al uso del espacio urbano –para mantener la distancia social– están directamente relacionadas con la ocupación de la vía pública mediante terrazas (y, por tanto, con las correspondientes tasas por ocupación del dominio

⁴⁶ Por ejemplo, para Madrid: Ordenanza de bases reguladoras generales para la concesión de subvenciones por el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos públicos de 30 de octubre de 2013, modificada sustancialmente por acuerdo del Pleno de 31 de mayo de 2017.

público municipal). También las posibles ayudas municipales a los establecimientos comerciales están directamente conectadas con las posibles bonificaciones en los tributos locales (como el IBI). La estrecha conexión entre las distintas medidas municipales motivadas por un mismo hecho (la COVID-19) aconseja una actuación municipal planificada y programada, conforme al artículo 4.1 a) LBRL. Dentro del amplísimo concepto de plan se hace referencia aquí no a la planificación normativa (como es la urbanística), sino a la planificación interna, destinada a *optimizar* de forma coherente los recursos disponibles⁴⁷. Esta planificación despliega internamente los efectos propios de una instrucción: coherencia y certeza. Aunque la eficacia plena de sus determinaciones y líneas de actuación puede requerir la simultánea aprobación de ordenanzas y decretos de alcaldía o junta de gobierno. La aprobación de *ordenanzas*, de forma complementaria a los planes municipales, es necesaria en aquellos casos en los que la actuación municipal se refiera a materias reservadas a la ley⁴⁸, esté reservada expresamente a la ordenanza (como la regulación de los tributos locales de cualquier clase), implique una regulación general y abstracta, o se refiera a una actividad o materia ya regulada previamente mediante ordenanza (como en materia de terrazas de veladores o de subvenciones).

52. Toda esta descripción de las medidas sociales y económicas de los ayuntamientos, en fase de desescalada, únicamente se refiere a las iniciativas municipales *propias*, con sus propios recursos económicos (o transferidos por las diputaciones provinciales). Ahora bien, en función de la magnitud de la crisis económica nacional provocada por la pandemia, es previsible que los ayuntamientos actúen también como *gestores indirectos* de políticas sociales autonómicas y de políticas de reactivación económica y del empleo, tanto estatales como autonómicas. En la fase inicial de escalada, numerosos ayuntamientos ya han actuado como gestores intermedios de ayudas autonómicas o estatales. Una posible intervención masiva del Estado en la economía, con financiación propia o de la Unión Europea, pudiera seguir la pauta del llamado “Plan E” de 2008⁴⁹, por el que se financiaron numerosas obras y servicios municipales como forma de mantenimiento del empleo en todos los municipios⁵⁰. Aquellas ingentes transferencias estatales condicionadas⁵¹ aportaron muy poco en términos de políticas municipales (pues su objetivo era el mantenimiento del empleo) y de desarrollo económico local⁵². Ahora, a mitad del proceso de desescalada, la FEMP

⁴⁷ Véase: PAREJO ALFONSO, L., “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020, pp. 7-40 (p. 23).

⁴⁸ VELASCO CABALLERO, F., “La forma de gobierno municipal”, *Anuario del Gobierno Local 2019*, Institut de Dret Públic y Fundació Democràcia y Gobierno Local, Barcelona, 2020.

⁴⁹ Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL), creado por Real decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre. Este primer fondo tuvo continuidad (aunque con alteración parcial de sus finalidades) en el posterior Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (FEESL), aprobado por Real decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre.

⁵⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público y libre competencia en la contratación pública local”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 95, 2010, pp. 31 y ss. (p. 33).

⁵¹ Véanse los datos, puestos en relación con los años posteriores, en ECHÁNIZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democràcia y Gobierno Local, Barcelona, 2019, p. 93.

⁵² Algunos criterios útiles para esta valoración en AGUERREA, A., ARÉVALO, P. y HERCE, J.A., “El Fondo de inversión Local: un enfoque descentralizado para la reactivación económica”, *Análisis Local*, n. 84, 2009, pp. 36 y ss. (p. 142).

ya ha propuesto la creación de *dos fondos financieros*, nutridos con transferencias estatales⁵³. A fin de no reproducir la misma estrategia del “Plan E” de 2008 –y sus magros resultados reales–, es necesario que esas posibles transferencias estatales no atiendan *solo* al mantenimiento del empleo (como forma de creación de rentas para el consumo), sino que fomenten también políticas de desarrollo económico municipal más estratégicas, más autonómicas y a más largo plazo. Y es necesario también que los municipios hayan anticipado –en los planes de reactivación a los que se ha hecho referencia más arriba– sus propias estrategias y prioridad municipales de reactivación económica. Todo esto corresponde a un tiempo que ya no puede abarcar este estudio.

Bibliografía

- AGUERREA, A., ARÉVALO, P. y HERCE, J.A., “El Fondo de inversión Local: un enfoque descentralizado para la reactivación económica”, *Análisis Local*, n. 84, 2009.
- AGUILAR ROMÁN, A.I., “Estado de alarma: suspensión, interrupción, ampliación de plazos y otras medidas en el ámbito tributario local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 7 de abril de 2020.
- BALLARÍN ESPUÑA, M., “Dos meses de estado de alarma: sus efectos en el ámbito financiero del Ayuntamiento de Barcelona”, *Blog del Instituto de Derecho Local de la UAM*, 27 de mayo de 2020, www.idluam.org/blog.
- BARCELONA LLOP, J., *La protección civil municipal*, Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2007.
- ECHÁNIZ SANS, J., *Los gobiernos locales después de la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019.
- GARCÍA MORALES, V.Y., *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019.
- GORDO GONZÁLEZ, L., “RDL 10/2020: ¿Se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?”, *Blog del Instituto de Derecho Local*, 1 de abril de 2020, www.idluam.org/blog.
- HARINGS, L., “Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen“, Schmidt-Assman, E., y Schöndorf-Haubold, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Públic, Barcelona, 2006.
- MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 2002.
- NOGUEIRA, A., “Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público y libre competencia en la contratación pública local”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 95, 2010.

⁵³ *Pilares locales para la reactivación económica y social de la Administración local*, documento aprobado por la Junta de Gobierno de la Federación Española de Municipios el 22 de mayo de 2020.

- ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2014.
- PAREJO ALFONSO, L., “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020.
- PASTOR MERCHANT, F., “Las ayudas locales a las empresas”, Velasco Caballero, F. (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017.
- SANZ RUBIALES, I., “Marco general de las relaciones interadministrativas”, Eduardo Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- VELASCO CABALLERO, F., “Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2014*, n. 8, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015.
- VELASCO CABALLERO, F., “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, n. 10, Marcial Pons e Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017.
- VELASCO CABALLERO, F., “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., “La forma de gobierno municipal”, *Anuario del Gobierno Local 2019*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2020.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Los límites a los derechos fundamentales”, Bastida Freijedo, F. J. (coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

O contrato menor como
cuestión maior na contratación
do sector público

El contrato menor como cuestión mayor en la contratación del sector público¹

Sub-dimensional public
procurement as a major
issue for the public sector



ANABELÉN CASARES MARCOS

Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de León
Orcid 0000-0002-5842-4637
a.casares@unileon.es

Recibido: 23/06/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4560>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Poucas cuestións motivaron tanta literatura tras a aprobación da LCSP como a contratación menor, erixíndose rapidamente en tema estrela da reforma. A confusión suscitada pola inadecuada redacción do seu artigo 118 converteuna enseguida, precisamente pola resistencia de administracións e entidades públicas a abandonala, nunha cuestión maior, incluso, se se me permite a expresión, nunha peza de caza maior case imposible de abater malia a satisfacción con que se acolleu nun primeiro momento a súa nova regulación. E así, aínda que a súa restrición pola reforma de 2017 se debe, entre outras cuestións, ao uso abusivo durante anos da figura, o lexislador socavou paulatinamente a súa firmeza inicial ao respecto.

Palabras clave: Contrato menor, necesidade e idoneidade da contratación pública, fraccionamento indebido do contrato, eficiencia contractual, racionalización técnica da contratación pública.

Resumen: Pocas cuestiones han motivado tanta literatura tras la aprobación de la LCSP como la contratación menor, erigiéndose rápidamente en tema estrella de la reforma. La confusión suscitada por la inadecuada redacción de su artículo 118 la convirtió enseguida, precisamente por la resistencia de administraciones y entidades públicas a abandonarla, en una cuestión mayor, incluso, si se me permite la expresión, en una pieza de caza mayor casi imposible de abatir pese a la satisfacción con que se acogió en un primer momento su nueva regulación. Y así, aunque su restricción por la reforma de 2017 se debe,

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83864-R, La sostenibilidad como idea rectora de las políticas públicas y de la prestación de servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, cuyo investigador principal ha sido el prof. Tomás Quintana López, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León; y actualmente es el prof. Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

entre otras cuestiones, al uso abusivo durante años de la figura, el legislador ha socavado paulatinamente su firmeza inicial al respecto.

Palabras clave: Contrato menor, necesidad e idoneidad de la contratación pública, fraccionamiento indebido del contrato, eficiencia contractual, racionalización técnica de la contratación pública.

Abstract: Few issues have motivated as much literature after the approval of the LCSP as sub-dimensional public procurement, quickly becoming the star issue of the reform. The confusion caused by the inadequate wording of its article 118 quickly turned it, precisely because of the resistance of public Administrations and entities to abandon it, into a bigger issue, even, if I may say so, into game that is practically impossible to hunt down despite the satisfaction with which its new regulation was initially accepted. And so, although the restriction of the 2017 reform is due, among other issues, to its abuse for years, the legislator has gradually undermined the initial firmness in this regard.

Key words: Sub-dimensional public procurement, necessity and suitability of public contracting, undue division of the contract, contractual efficiency, technical rationalization of public contracting.

SUMARIO: 1 Introducción: la razón de ser del contrato menor y el porqué de su reforma. 2 Condiciones *sine qua non* para la válida celebración de un contrato menor. 2.1 Restricción de su objeto. 2.2 Limitación por cuantía. 2.3 Duración. 3 Requerimientos formales para la adjudicación, perfección y formalización del contrato menor. 3.1 La preceptiva motivación de la necesidad del contrato menor. 3.2 Contrato menor y fraccionamiento indebido del objeto contractual. 3.3 Adjudicación y perfección contractual. 3.4 Transparencia y publicidad en la contratación menor. 4 Reflexión final.

1 Introducción: la razón de ser del contrato menor y el porqué de su reforma

Se entiende por contrato menor aquel que por razón de su reducida cuantía cuenta con un procedimiento de adjudicación que cabría calificar de privilegiado, en la medida que exige menores trámites y, precisamente por ello, facilita y agiliza su celebración y, por ende, la propia ejecución contractual². Su propio concepto pivota, en consecuencia, sobre la simplificación de trámites procedimentales dispuesta por el legislador para los contratos del sector público por debajo de un determinado umbral económico, sin que las prestaciones a que se obligan las partes sean, no obstante, diversas a las de los demás contratos que puedan suscribirse³. De ahí la ausencia de definición legal expresa de este tipo de contrato, presente, pese a todo, de forma ininterrumpida en nuestra legislación, si bien con lógicas adaptaciones, desde el Real decreto de 27 de febrero de 1852, de Bravo Murillo, que completaba la Ley de administración y contabilidad de 1850⁴.

Es más, la exposición de motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, vigente hasta el 22 de junio de 2000, considera digna de mención su “potenciación de los contratos menores”, una de las innovaciones con

² Sobre el origen del contrato menor y su pervivencia en nuestro ordenamiento jurídico, puede verse VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 93, 2015, pp. 390 y ss.

³ En este sentido, ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, de 1 de mayo de 2020, p. 1.

⁴ *Vid.* VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, *cit.*, pp. 390 y ss.

las que “se trata de conseguir una Ley de contratos de las administraciones públicas que responda adecuadamente a las necesidades que la situación de la contratación pública exige actualmente”. Una idea en la que incide tiempo después la exposición de motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, al vincular su regulación del contrato menor a la revisión general que efectúa “de la regulación de la gestión contractual, a fin de avanzar en su simplificación y racionalización, y disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares”⁵.

En todo caso, la contratación menor ha sido objeto de especial discusión durante la tramitación y, señaladamente, tras la aprobación de la actualmente vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Durante el debate parlamentario se cuestionó la figura de forma generalizada, obviando con frecuencia su indudable conveniencia, caso de ser bien aplicada, para solventar eficientemente pequeños cometidos y prestaciones públicas que han de contratarse en el mercado. El problema no estriba tanto en la figura en sí, cuanto en el uso que se ha hecho de la misma⁶. No en vano, la simplificación procedimental que comporta ha ido acompañada invariablemente de un significativo recorte, por no decir completa supresión, de la transparencia, en particular de la publicidad, en pos de una mayor flexibilidad y agilidad contractual, terreno abonado, sin duda, para prácticas viciadas y corruptelas variadas⁷.

Y así, aunque el contrato menor representa, ciertamente, una fórmula ágil para la ejecución de determinadas actuaciones de pequeño importe, se erige, sin embargo, simultáneamente, en una de las áreas de la contratación pública de menor claridad. Así lo han avalado las sucesivas llamadas de atención sobre el particular y el empeño que cabe apreciar desde hace ya algún tiempo, desde instancias diversas, por reducir su

⁵ Y así, para TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 196, 2019, pp. 269 y ss., los órganos de contratación se asentaron “en la molición del contrato menor”, olvidándose “de que existían otras formas de acceder a los mismos bienes, servicios y suministros de forma más transparente, competitiva y pública”.

⁶ CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10, 2018, pp. 59 y ss., denuncia cómo su empleo indebido ha provocado prácticas clientelares y la proliferación de casos mediáticos de corrupción, entre los que cita las tramas Gürtel y Palau, la operación Pokémon y el caso Púnica, sin que ello deba llevar a presuponer que todo contrato menor encierre siempre un interés oculto ligado a la corrupción.

⁷ Valgan, por todos, las palabras del senador Navarrete en la presentación y el debate en el Senado de las enmiendas al Dictamen de la Comisión de Hacienda y Función Pública sobre el proyecto de ley, cuando afirma que “la cuestión estriba en cómo se están usando estos contratos por parte de la Administración pública. *A priori* es un loable instrumento para conseguir una actuación más rápida en una adjudicación de contrato de importe pequeño, pero no en pocas ocasiones pasa que los representantes públicos usen este instrumento de una forma torticera, fraudulenta o incluso demasiado descarada, como se puede apreciar en la práctica de múltiples contratos de servicio adjudicados directamente por un valor de, casualmente, 14.999 euros”. En este sentido, el senador Martínez Ruiz no duda incluso en denunciar, con cierta crudeza e ignorando los resultados en que desemboca cuando es bien aplicado, que se trata de un contrato “adjudicable a dedo por el órgano de contratación y generador de viciadas dinámicas clientelares y de amiguismo conocidas por todas y todos”. *Vid.* el *Diario de Sesiones del Senado. XII Legislatura*, n. 42, de 27 de septiembre de 2017, pp. 167 y 168. CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, cit., p. 58, habla, en esta misma línea, de cómo termina convirtiéndose en “patología endémica” del sistema contractual público, consecuencia de su “utilización indebida, repetitiva, abusiva y generalizada”.

número en nuestro país⁸. Cabe destacar, a tal efecto, la incorporación de la “reducción de celebración de contratos menores”, orientándose a que se prime “el requisito del menor precio de licitación”, como medida de actuación sobre los gastos a proponer en el plan de ajuste a que se podrán acoger las entidades locales a fin de concertar las operaciones de crédito reguladas por el Real decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales⁹.

Más significativas aún son las advertencias, cuando no abiertas amonestaciones, dirigidas a España por la Unión Europea. Si el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea¹⁰ alertaba ya en 2014 de que “en algunos Estados miembros, el uso de procedimientos no competitivos es considerablemente superior a la media de la Unión Europea”, desembocando la debilidad o fragmentación de los instrumentos de control de la contratación pública, sobre todo en el nivel local, en “casos de favoritismo en la asignación de fondos públicos” muy extendidos¹¹, la recomendación de decisión del Consejo formulada posteriormente en 2016 para advertir a España sobre la necesidad de adoptar medidas dirigidas a la reducción del déficit¹² subraya la perentoriedad con que nuestro ordenamiento jurídico debe disponer “un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia”, incluyendo, en particular, “mecanismos de control *a priori* y *a posteriori* adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación”¹³.

Todo ello en la línea, por lo demás, de una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que insiste en la sujeción de los contratos públicos de escaso valor a las normas fundamentales y principios inspiradores del derecho

⁸ *Vid.*, desde la perspectiva de la Unión Europea, sobre la ausencia de información y transparencia suficiente respecto a este tipo de contratos, DRAGOS, D.C., “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, Bovis, C.H. (ed.), *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016, pp. 176 y ss.

⁹ Medida 10 del anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

¹⁰ De 3 de febrero de 2014, COM (2014) 38.

¹¹ No duda la Comisión en afirmar, a este efecto, que “los mecanismos de control de la contratación pública por debajo de los umbrales de la legislación de la Unión Europea son particularmente débiles en la mayoría de los Estados miembros”. De ahí que una de sus recomendaciones esenciales sea la “aplicación de altos estándares de transparencia para la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos”.

¹² Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, de 27 de julio de 2016, COM (2016) 518 final.

¹³ Recomendación que el Consejo acoge en el artículo 1.6 de la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo.

comunitario aplicable a la contratación pública¹⁴. Y así, su Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03 (*Stadt Halle*), resulta clara al descartar taxativamente el planteamiento por el que la directiva comunitaria no exigiría tutela judicial “cuando no existe un procedimiento formal de contratación pública y la decisión de la entidad adjudicadora de no incoar dicho procedimiento no es recurrible, como tampoco lo es, por otro lado, la decisión por la que se determina si un contrato público está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias pertinentes”, ya que “tendría como resultado convertir la aplicación de las normas comunitarias pertinentes en facultativa, según la voluntad de cada entidad adjudicadora, cuando, por el contrario, dicha aplicación es obligatoria si se cumplen los requisitos previstos en estas normas”. Es más, sostiene que “una facultad de este tipo podría provocar la infracción más grave del derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de una entidad adjudicadora”¹⁵. Una idea que reitera, entre otras, en su Sentencia posterior de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, en el marco de una decisión prejudicial planteada precisamente por la Audiencia Nacional española en el marco de un procedimiento entre la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y la Administración general del Estado, al destacar que “el mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que estos estén excluidos del ámbito de aplicación del derecho comunitario”¹⁶.

En suma, desde la perspectiva concreta del contrato menor, tolerado a regañadientes por el derecho de la Unión Europea¹⁷, se trataría de evitar el abuso de la figura, aun cuando ello suponga que la eficacia procedimental sobre la que se asienta deba ceder, en ocasiones, a favor de la eficiencia y la transparencia del expediente contractual correspondiente¹⁸. No en vano la regulación vigente hasta el momento ha sido excesivamente permisiva, ya que su imprecisión ha permitido eludir la aplicación de principios comunitarios esenciales a todo procedimiento de adjudicación

¹⁴ Haciendo suya, en definitiva, la advertencia del apartado 3.28 del *Libro verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, de 27 de noviembre de 1996, COM (96) 583 final: “Los procedimientos previstos por las directivas comunitarias son aplicables exclusivamente a los contratos públicos de un importe estimado superior a los umbrales establecidos. Algunos poderes adjudicadores consideran que los contratos públicos que no alcanzan estos umbrales no están sometidos a ninguna disposición comunitaria, de manera que en ocasiones estos contratos se adjudican sin haber convocado previamente un concurso público. Muchos de estos contratos son de una importancia considerable, en particular para la pequeña y mediana empresa. Al igual que el otorgamiento de concesiones y contratos similares, la adjudicación de estos contratos debe efectuarse respetando las disposiciones del Tratado CE sobre la libre circulación de las mercancías y servicios y los principios fundamentales de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, que se hallan en su base”.

¹⁵ Apartados 36 y, en especial, 37.

¹⁶ Apartado 72.

¹⁷ Que comprende mal, en opinión de VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., p. 392, cualquier modo de adjudicación directa.

¹⁸ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 20, 2017, pp. 24-25 y ss., habla, a estos efectos, del “cerco” al que se ha ido sometiendo a los contratos menores, denunciando su ineficiencia y poniendo de manifiesto el progresivo reconocimiento “oficial” de la situación creada en tal sentido. Asimismo, con mayor profundidad, el mismo autor en “El cerco a los contratos menores”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 194, 2016, pp. 38 y ss.

contractual en el ámbito del sector público¹⁹. Principios, conviene subrayarlo, que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extendido a todos los contratos públicos, aunque pudieran estar excluidos, en un principio, del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias, por cuanto no derivan propiamente de estas últimas sino que engarzan directamente con las normas fundamentales y las disposiciones que sobre el mercado interior sancionan los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, primero, y de la Unión Europea, después²⁰.

Sobresalen a tal efecto, como bien destaca la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública²¹, los principios de libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo. Recuerda la Comisión que la jurisprudencia comunitaria “ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE”, implicando en tal sentido los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad “una obligación de transparencia”, entendida y definida por el Tribunal de Justicia como la obligación de “garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”²².

La pretensión de limitar el empleo del contrato menor aspira, en suma, a dotar de mayor apertura y transparencia a la contratación del sector público, obviando la presunción de que por debajo de cierto umbral económico las licitaciones no resultan de interés a los operadores económicos de otros Estados miembros²³. No en vano, la ausencia absoluta de reglas procedimentales, la consagración de la discrecionalidad ilimitada de la entidad pública contratante y la inexistencia de deberes mínimos de publicidad perjudican no solo a eventuales competidores de otros Estados miembros, sino, en particular, a la pequeña y mediana empresa local que, incapaz de acceder a

¹⁹ Sirva aquí la mera enunciación de los problemas planteados, entre otras prácticas, por el fraccionamiento artificial del objeto contractual a efectos de su adjudicación como contratos menores, por no hablar de los derivados de la designación directa del contratista como forma, en muchas ocasiones, de beneficiar a determinados empresarios o profesionales en detrimento de los demás y, en consecuencia, de la libre competencia y auténtica concurrencia por el negocio contractual. *Vid.*, en tal sentido, sobre el contrato menor, el derecho europeo y la quiebra de los principios generales de contratación pública, VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., pp. 392 y ss., así como la doctrina allí citada.

²⁰ *Vid.*, por todas, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH, C-324/98, considerando 60, y de 3 de diciembre de 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-59/00, considerando 20.

²¹ 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006.

²² *Vid.* sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH, C-324/98, considerando 62; de 21 de julio de 2005, Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune di Cingia de' Botti, C-231/03, considerandos 16 a 19; y, de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03, considerando 49. Se refiere, en tal sentido, a las dudas suscitadas al respecto por la legislación española, entre otras razones, por la posibilidad de recurrir a procedimientos no concurrenciales tales como la contratación menor, AYMERICH CANO, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015, p. 215.

²³ *Vid.* DRAGOS, D.C., “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, cit., pp. 200 y ss.

licitaciones más complejas, podría encontrar en el ámbito de este tipo de contratos una forma de incorporarse competitivamente al suministro de bienes y a la prestación de servicios públicos. De esta forma, la reducción de la contratación menor habría de redundar en pos de la satisfacción de dos de los objetivos esenciales de la reforma efectuada por la LCSP. De un lado, facilitar el acceso de la pyme al mercado de la contratación pública. De otro, luchar contra la corrupción, mal “excesivamente popularizado” en el ámbito de la contratación pública²⁴.

Ahora bien, ¿cómo garantizar un adecuado equilibrio entre la deseable flexibilidad y la exigencia inaplazable de un mayor control?²⁵ ¿Cómo resolver, en definitiva, la “tensión entre la celeridad del procedimiento y el debido respeto a las garantías del mismo”²⁶? La aprobación de la nueva LCSP ha procurado despejar la incógnita actuando al mismo tiempo sobre un doble frente. De un lado, las condiciones que permiten acudir a la celebración del contrato menor. De otro, el procedimiento y los requerimientos formales que habrán de satisfacerse para su suscripción. Todo ello inserto en el marco de la apuesta decidida por la racionalización técnica de la contratación pública a que aboca el juego conjunto de los artículos 28, que impone la necesidad de justificar la necesidad, idoneidad y eficiencia del contrato a celebrar, y 99 de la LCSP, relativo al objeto contractual, que deberá ser determinado, definiéndose en atención a las necesidades o funcionalidades que se pretendan satisfacer²⁷ y con una clara preferencia por su división en lotes, como regla general, a fin de permitir la realización independiente de cada una de sus partes²⁸.

²⁴ ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, *La Administración al Día*, 19 de febrero de 2019, p. 1 Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/>.

²⁵ El diputado Vendrell Gardeñes pone ciertamente el foco de atención en este tipo de contratos cuando afirma, en el debate de totalidad del proyecto de ley en el Congreso de los Diputados, que “en España tenemos un grave problema, porque la mitad de los contratos públicos, según la Comisión Europea, tienen un único licitador”. Se muestra crítico con el proyecto de ley en la medida en que sostiene, precisamente en relación con el nulo avance que refleja, en su opinión, en materia de transparencia en relación con el contrato menor, que “donde debería haber flexibilidad, mantienen los largos trámites y carreras de obstáculos para el propio funcionamiento de las empresas, y donde debería haber mayor control, ustedes imponen flexibilidad”. *Vid. el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. XII Legislatura*, n. 31, 2017, p. 21.

²⁶ VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., p. 395.

²⁷ No olvidemos que la definición del objeto contractual resulta esencial a fin de satisfacer los objetivos de la contratación pública estratégica que persigue y alienta la LCSP. En tal sentido, a modo de botón de muestra, CASARES MARCOS, A., “Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución”, García Romero, M.B. y Pardo López, M.M. (dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson Reuters, Madrid, 2018.

²⁸ Se invierte así la premisa vigente al amparo de la legislación anterior, de forma que ahora la división en lotes se convierte en habitual, pudiendo excepcionarse, no obstante, “cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”. A este fin se consideran motivos válidos para fundar la no división en lotes el hecho de que conllevarse el riesgo, apreciado por informe previo de la autoridad de defensa de la competencia correspondiente, de restringir injustificadamente la competencia, o que la realización independiente de las prestaciones “dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico”, pudiendo provenir el riesgo para la correcta ejecución contractual de la naturaleza de su objeto, “al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes”. Es más, ha llegado a plantearse la posibilidad, incluso, de dividir en lotes los contratos menores, opción que, si bien cuenta con algunos reparos de naturaleza más finalista o teleológica, carece de impedimento legal expreso, como se subraya en *Contratación Administrativa Práctica*, n. 161, 2019.

Pocas cuestiones han motivado, sin embargo, tanta literatura tras la aprobación de la LCSP, erigiéndose rápidamente en tema estrella de la reforma²⁹. La confusión y las dudas suscitadas por la inadecuada redacción de su artículo 118 convierten rápidamente al contrato menor, precisamente por la resistencia de administraciones y entidades públicas a abandonarlo, en una cuestión mayor, incluso, si se me permite la expresión, en una pieza de caza mayor prácticamente imposible de abatir pese a la satisfacción con que se acogió en un primer momento su nueva regulación. Y así, aunque se ha destacado la “función residual” de la contratación menor tras la reforma de 2017³⁰, haciendo hincapié en el “camino de ida y vuelta” recorrido por este tipo de contratación directa desde la ampliación de sus cuantías por la Ley de 2007 “en pos de la eficacia procedimental” hasta su restricción por la regulación actual a causa, entre otras cuestiones, del abuso constatado durante años en la utilización de la figura³¹, poco a poco el legislador ha ido socavando su firmeza inicial ante el empleo del contrato menor.

El debate suscitado por el precepto ante las múltiples incógnitas planteadas por los claroscuros inherentes a su enunciado, precipita incontable doctrina científica y administrativa contradictoria entre sí en muchos aspectos, motivando, incluso, la aprobación de la que sería la primera Instrucción de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON)³². La resistencia del sector

²⁹ Vid. al respecto, con mayor profundidad y detalle, PINTOS SANTIAGO, J. (dir.), *Todo sobre el contrato menor*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2020.

³⁰ MORENO MOLINA, J.A., “Compras de menor cuantía y sistemas dinámicos de adquisición”, *Contratos del Sector Público: escenario 2020*, n. II, de 1 de mayo de 2020, p. 2, quien subraya cómo se mantiene la opción de utilizar el contrato menor si bien en detrimento del procedimiento abierto simplificado sumario, conocido también como supersimplificado o SUSI.

³¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit.

³² La Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, deja muchas cuestiones sin resolver, por ejemplo, el problema de aquellas administraciones y entidades públicas de reducido tamaño con gastos mínimos periódicos, planteando, a su vez, una importante controversia doctrinal respecto de su fuerza vinculante. Así, GIMENO FELIÚ, J.M. y MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019 (Disponible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como>) o BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, Madrid, 2018, p. 705, defenderán su carácter vinculante y alcance general a todo poder adjudicador del sector público estatal, autonómico y local, frente a otros autores como Díez Sastre, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019 (Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirecon/>) o JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Las instrucciones de la oficina ‘independiente’ de regulación y supervisión de la contratación”, *Hay Derecho*, 7 de marzo de 2019 (Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/07/las-instrucciones-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion/>), que ceñirán, en cambio, su obligatoriedad exclusivamente al sector público estatal, sentido en que se pronuncian, asimismo, la Circular 1/2019, de 4 de junio, de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón, y el Informe 2/2019, de 13 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana. Se trata de un extremo debatido fundamentalmente a causa de que incorpora, de acuerdo con el principio de competencia, como medida antifraude y de lucha contra la corrupción, el deber del órgano de contratación de solicitar, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar suficientemente acreditado este hecho en el expediente. En todo caso, para BERROCAL HERNÁNDEZ, A. y FERNÁNDEZ MONTERO, P., “La Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre el contrato menor: Lectura [muy] crítica”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 11, 2019, p. 9, no cabe duda que “tendrá que ser el legislador y no su intérprete el que cambie esa literalidad tan clara para eliminar la posibilidad (sin hacer fraccionamiento fraudulento, que es lo prohibido) de adjudicar los contratos menores de manera directa a un único empresario y cambiarla por una imposición (ahora es una opción) de pedir 3 o más ofertas/presupuestos”. Conclusión que comparte, asimismo, ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública”, cit., p. 12, para quien “al no venir dicho requisito recogido en la LCSP, en el caso de que no se recabaran no invalidaría ni pondría en cuestión la legalidad del contrato menor”.

público a dar por finiquitada la contratación menor, alentada, sin duda, por esta diversidad de posiciones y por la pervivencia de muchísimas dudas en la materia, desembocará finalmente en diversas modificaciones dirigidas a flexibilizar la rigidez inicial de la LCSP al respecto.

Y así, antes de que se hubiera cumplido un mes siquiera de la entrada en vigor de la nueva ley, el Real decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la ciencia, la tecnología, la innovación y la universidad, incorpora a su enunciado una nueva disposición adicional quincuagésima cuarta que, “atendiendo a la singular naturaleza de su actividad”, excepciona el límite cuantitativo del artículo 118 de la LCSP para considerar contratos menores “los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación”³³.

Ahora bien, será el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, el que impida de forma definitiva que la crónica anunciada en relación con el contrato menor por el artículo 118 de la versión original de la LCSP desemboque finalmente en su muerte, puesto que eliminará de forma definitiva la exigencia de justificar con carácter general en el expediente “que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, esto es, 40.000 euros cuando se trate de contratos de obras o 15.000 cuando sean de suministro o de servicios, recayendo sobre el órgano de contratación la comprobación del “cumplimiento de dicha regla”³⁴.

En suma, la resistencia numantina desplegada por el contrato menor, calificado explícitamente de “contrato diabólico”³⁵, se ha mostrado capaz de erosionar las reiteradas llamadas del legislador de 2017 a la racionalización técnica de la contratación, aspiración secundada doctrinalmente, pero minorada en gran medida, cuando no directamente obviada, a resultas de las sucesivas interpretaciones y modificaciones experimentadas por el enunciado del artículo 118 de la LCSP.

³³ Se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación los regulados por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación. En todo caso, el decreto-ley exige, además, que la tramitación de estos expedientes incorpore “informe del órgano de contratación que justifique de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos”, sin precisar su emisión, no obstante, “en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros”. Poco después la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, ratificará la incorporación con vigencia indefinida de esta disposición adicional en la LCSP si bien eliminando cualquier referencia a la emisión de informe preceptivo en estos contratos menores.

³⁴ Conforme a la redacción original del artículo 118.3 de la LCSP tan solo quedaban excluidos de este límite los supuestos del artículo 168 a) 2º de la ley.

³⁵ BATET, M.P., “El retorno de Chucki”, *La parte contratante*, 7 de marzo de 2019. Disponible en: <https://lapartecontratante.blog/2019/03/07/el-retorno-de-chucki-por-m-p-batet/>.

2 Condiciones *sine qua non* para la válida celebración de un contrato menor

La LCSP mejora la ubicación sistemática del contrato menor respecto a la legislación inmediatamente precedente. A diferencia del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), que sitúa su regulación en el apartado tercero del artículo 138, relativo al procedimiento de adjudicación³⁶, la LCSP dedica ahora al contrato menor un precepto completo, concretamente, su artículo 118, emplazado en el capítulo I del título I de su libro segundo³⁷. La contratación menor se acomoda así entre las disposiciones generales aplicables a los contratos de las administraciones públicas, específicamente entre las reguladoras de la preparación contractual.

Conforme a su apartado primero, “se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”. Rotulado “expediente de contratación en contratos menores”, el artículo 118 no agota, sin embargo, la regulación aplicable al contrato menor dada las múltiples referencias a la cuestión que salpican el texto de la LCSP³⁸, si bien aborda en su apartado primero el concepto o caracterización del contrato menor para desgranar en los siguientes las limitaciones y requerimientos esenciales que debe cumplir su tramitación³⁹.

Se trata, en todo caso, como se ha subrayado *supra*, de un precepto confuso, poco claro en su enunciado, que plantea múltiples dudas interpretativas desde un primer momento ante su falta de claridad, obligando a que por vía interpretativa deba

³⁶ VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, *Gabilex*, n. extraordinario, vol. I, 2019, p. 28, destaca cómo en este artículo 138 “la definición de los contratos menores parecía algo accesorio a lo principal que era determinar cómo se adjudicaban”.

³⁷ Sobre la diversa redacción del precepto en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno, que tuvo entrada en el Congreso de los Diputados con fecha 25 de noviembre de 2016, y en el texto definitivamente aprobado, así como las diversas enmiendas habidas en relación con el artículo 118 durante su tramitación, *vid.* LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. y ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 3, 2018, pp. 1 y ss.

³⁸ Se muestra especialmente crítico con ello VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, *cit.*, p. 28. En efecto, son numerosos los preceptos de la Ley de 2017 que se refieren al contrato menor. Así, entre los más relevantes, los artículos 29.8 (duración y prórroga), 36.1 (excepción de perfección contractual), 131.3 (capacidad de obrar y habilitación profesional necesaria de adjudicatario), 131.4 (prestaciones de asistencia sanitaria en casos de urgencia de valor estimado inferior a 30.000 euros), 153.2 (formalización), 63.4 y 154.5 (publicación), 308.2 (interdicción para contratación de personal), 310 (actividades docentes contratadas con personas físicas), 318 a) (celebración por poderes adjudicadores que no tengan la condición de administraciones públicas), 321.2 a) (contratos menores por entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores), 335.1 (remisión al Tribunal de Cuentas), 346.3 (inscripción en Registro de Contratos del Sector Público), disposición adicional novena (contratación del acceso a bases de datos y suscripción a publicaciones), disposición adicional quincuagésima cuarta (contratos menores celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación) y disposición final primera (consideración de mínimas de las exigencias que se establecen para los contratos menores en el artículo 118.1).

³⁹ Exigencias que suponen que el contrato menor “adquiere naturaleza residual” en la LCSP, como bien concluye CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *cit.*, p. 62.

abordarse y acotarse el alcance exacto de sus prescripciones⁴⁰. Resulta de gran interés la reflexión desarrollada al respecto, en aras de la seguridad jurídica, por el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón:

«Si bien la dogmática jurídica moderna se basa en gran medida en la autonomía de la *voluntas legis* respecto a la *voluntas legislatoris*, en función de elementos como la interpretación sistemática o “contexto” o “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, como se establece en el artículo 3.1 del Código civil, en este caso la proximidad de la aprobación obliga a tener especialmente en cuenta la voluntad del legislador, el “espíritu y finalidad” que se ha pretendido dar a la norma, tal como se desprende de los trabajos parlamentarios, dado el protagonismo inhabitual que la tramitación parlamentaria ha tenido en la configuración de la nueva ley. Por otra parte, esa importancia que ha tenido en la configuración de la LCSP la tramitación parlamentaria comporta dificultades adicionales para aplicar interpretaciones sistemáticas o para confiar excesivamente en la exposición de motivos, que están más cercanas a las líneas y previsiones a que respondía el proyecto de ley aprobado por el Gobierno».

2.1 Restricción de su objeto

Llama la atención, en primer lugar, la reducción sancionada por la LCSP en relación con los tipos de contratos que podrán alcanzar la consideración de menores. No en vano, frente al anterior artículo 138.3 del TRLCSP, que sancionaba los límites cuantitativos para considerar menor un contrato de obras o, en su caso, “otros contratos”, el ahora vigente artículo 118.1 circunscribe el contrato menor, en exclusiva, al ámbito de los contratos de obras, de suministro o de servicios.

Es más, el texto aprobado por la ponencia encargada de redactar el informe sobre el proyecto de ley en la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados no aceptó la enmienda número 579 del Grupo Parlamentario Socialista dirigida, precisamente, a incluir de forma expresa los contratos de concesión de servicios en el enunciado del artículo 118. En consecuencia, la enumeración tasada de los tipos contractuales que podrán ser objeto de contrato menor permanece invariable desde la presentación inicial del proyecto de ley en el Congreso, hasta la culminación de su tramitación parlamentaria y la aprobación definitiva de la ley⁴¹.

No solo eso, alcanza de manera expresa al contrato menor de servicios la prohibición enunciada por el artículo 308.2 de la LCSP, de forma que en ningún caso podrá instrumentar la contratación de personal, sin que a su extinción pueda producirse, en ningún caso, la consolidación como personal de la entidad contratante de las personas

⁴⁰ Vid. PLEITE GUADAMILLAS, F., “Un contrato no tan menor”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2018. Asimismo, profundiza en las diferentes interpretaciones de la regulación legal por las Juntas Consultivas, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, 2018.

⁴¹ Se refiere, en concreto, al debate sustanciado desde la introducción en 2007 de la coetilla “otros contratos” en la definición legal del contrato menor y, en particular, a la doctrina recaída en las diversas Juntas de Contratación del sector público en relación, en particular, con la imposibilidad de contratos patrimoniales o administrativos especiales menores, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit.

que hubieran realizado los trabajos objeto del acuerdo contractual⁴². Esto es, no podrán emplearse como vía para paliar las consecuencias derivadas de la congelación durante varios ejercicios presupuestarios de la oferta pública de empleo y de la vigencia prolongada de tasas de reposición que han constreñido y pautado de forma estricta la llegada de nuevo personal a las administraciones públicas.

2.2 Limitación por cuantía

Ahora bien, junto a esta primera limitación objetiva debe señalarse, en segundo lugar, el endurecimiento que representa para la celebración de contratos menores la minoración operada por la LCSP de las cuantías que actúan como límite a su importe. Frente a la consideración anterior como contratos menores de los de obras de importe inferior a 50.000 euros, 18.000 en el caso de “otros contratos”, la nueva LCSP rebaja estos umbrales a 40.000 euros cuando se trate de obras, 15.000 en el caso de suministros o de servicios. Frente a la ambigüedad del término “importe” empleado por el TRLCSP hasta entonces vigente, la LCSP de 2017 se refiere ahora de forma expresa al “valor estimado” contractual, que será el tomado en consideración para el cotejo y aplicación de esta limitación por cuantía⁴³.

El tenor literal de la nueva ley despeja cualquier incógnita al respecto, por cuanto remite a la pormenorizada determinación del valor estimado de los contratos que regula su artículo 101. Pese a la extensión del precepto, dos precisiones llaman especialmente la atención desde la perspectiva de la contratación menor. De un lado, el deber del órgano de contratación de tomar en el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el importe total “pagadero según sus estimaciones”, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido⁴⁴. De otro, la interdicción de elegir un método de cálculo para este valor estimado “con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”, previsión que enlaza de algún modo con la propia exigencia por el artículo 118.2 de que el órgano de contratación informe motivadamente que no se ha alterado el objeto del contrato menor “con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior”.

⁴² A tal fin dispone el precepto citado *in fine* que “los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico-laboral, le corresponden a la empresa contratista”.

⁴³ Inciden en ello MORENO IBÁÑEZ, I., “Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, 2018, p. 2, para quien “es de agradecer la precisión”, y ARENAS ALEGRIA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 2.

⁴⁴ Cuestión que había tenido que zanjar al amparo de la legislación anterior el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 26/08, de 2 de diciembre de 2008, rotulado precisamente “Determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de contratos del sector público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el impuesto sobre el valor añadido y en qué supuestos no”. Destaca, en este mismo sentido, el Dictamen 1/2008, de 20 de mayo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Valencia. Desde una perspectiva más amplia se pronuncia, en esta misma línea, la Abogacía General del Estado en su Dictamen 8/08, de 28 de julio, sobre inclusión o no del IVA en el cálculo de la garantía provisional prevista en el artículo 91 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

La minoración de los límites cuantitativos para considerar un contrato menor en la LCSP representa, en cualquier caso, una novedad importante, capital incluso en un primer momento⁴⁵. No tanto por el recorte operado, que también, cuanto por el hecho de que actuaban, además, como tope máximo anual del importe a adjudicar vía contratación menor a un mismo adjudicatario. Así se desprendía, en particular, de la redacción original del artículo 118.3 de la LCSP, en el que se exigía justificar en el expediente del contrato “que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, recayendo sobre el órgano de contratación el deber de comprobar el cumplimiento de esta regla.

De esta forma, tras la entrada en vigor de la Ley de 2017, los umbrales citados operaban como límite en un doble sentido: por una parte, el contrato menor individualmente considerado no podía rebasar la cantidad correspondiente en función de la tipología del objeto contractual de que se trate, 40.000 o 15.000 euros; por otra, no podía adjudicarse a un mismo contratista en una sola anualidad contratos menores que aislada o conjuntamente llegaran a exceder de estas cantidades⁴⁶. Tan solo se excluían de esta última e innovadora regla los supuestos a los que se aplica el procedimiento negociado sin publicidad encuadrados en el artículo 168 a) 2º de la ley, aquellos suscritos, en definitiva, por motivos de exclusividad, por cuanto únicamente pueden ser encomendados a un empresario determinado en la medida en que “el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística

⁴⁵ Que ha sido objeto, no obstante, de crítica por parte de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., quien aboga por recuperar la modulación tradicionalmente vigente en el ámbito de la Administración local española por la que se ajustaba el volumen de la contratación menor en cada entidad en función de sus recursos ordinarios. En idéntico sentido, RIERA LÓPEZ, M., “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, *Auditoría Pública*, n. 61, 2013, p. 67. Así lo disponía, en todo caso, el artículo 88.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, hasta su derogación por Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo tenor literal establecía: “Por razón de la cuantía, la contratación directa solo podrá acordarse en los contratos de obras, servicios y suministros cuando no excedan del 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto. En ningún caso podrá superarse el límite establecido para la contratación directa en las normas básicas aplicables a todas las administraciones públicas”. Si bien el porcentaje estaba fijado en un comienzo en un 5 por 100, fue elevado posteriormente hasta el 10 por el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio. Resultan del máximo interés al efecto las reflexiones más amplias de BERROCAL HERNÁNDEZ, A. y FERNÁNDEZ MONTERO, P., “La Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre el contrato menor: Lectura (muy) crítica”, cit., pp. 12 y ss., sobre la gestión diaria y dificultades de las infra, pequeñas y medianas entidades locales habida cuenta de la complejidad a que ha llegado la contratación pública.

⁴⁶ Importes que, debe tomarse en consideración, pueden ser rebajados, en todo caso, en el ámbito autonómico y local, como así ha ocurrido con anterioridad a la aprobación de la nueva LCSP. Cabe citar, a título de ejemplo, diversas normas autonómicas que han reducido el umbral anteriormente vigente para el contrato menor o que han establecido requisitos y trámites procedimentales adicionales a los previstos, en un primer momento, por el TRLCSP, actual LCSP, en función del importe del contrato menor correspondiente. *Vid.*, en tal sentido, los artículos 4.2 y 12.1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón; el artículo 19.4 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de buena administración y gobierno de Illes Balears; el actualmente derogado artículo 73 de la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, tras su modificación por la Ley foral 14/2014, de 18 de junio; o la segunda directriz vinculante para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León en materia de contratación administrativa de las aprobadas por Acuerdo 14/7/2015, de 23 de diciembre, de la Junta de Castilla y León. Bien es cierto que resulta sorprendente la marcha atrás dada a tal efecto por el legislador gallego, que, tras sancionar la necesidad de invitar, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato menor de obras de importe superior a 25.000 euros o de los restantes contratos menores de importe superior a 9.000 euros, en el enunciado original del artículo 23.1 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico de Galicia, pierde, sorprendentemente, cualquier referencia expresa a estos trámites tras la reforma operada en el enunciado del precepto por Ley 4/2016, de 4 de abril, de asistencia jurídica de Galicia.

única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”⁴⁷.

Cierto es, no obstante, que la escasa claridad del artículo 118 de la LCSP resultaba especialmente palpable en relación con este tercer apartado, actualmente derogado, que abría diversos interrogantes entre los que cabría señalar, en especial, los siguientes: ¿a qué cifra remitía el apartado tercero del precepto habida cuenta de que el artículo 118.1 cita dos cifras diversas?⁴⁸ ¿Los límites por adjudicatario resultaban aplicables en función del tipo o categoría del contrato menor –obras, suministro, servicios– o, de forma más concreta, del propio objeto contractual definido para cada supuesto particular? ¿Qué lapso temporal debía abarcar la limitación por adjudicatario?⁴⁹ ¿Debían tomarse en consideración para determinar si se respetan estos umbrales los contratos menores cuyo pago se realizaba mediante anticipos de caja fija o sistema similar?⁵⁰ ¿Los informes requeridos para la tramitación del expediente contractual podían derivar, sin más, de los servicios técnico-jurídicos del órgano de contratación o tan solo debían proceder en exclusiva de este último en la medida en que se le

⁴⁷ Aun así, en los dos últimos supuestos la LCSP se cuida de señalar que “la no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

⁴⁸ Plantea DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, *Gabilex*, n. 12, 2017, pp. 27 y ss., tres posibles escenarios al respecto, por cuanto cabría considerar la cifra del 118.3 como la más alta del punto primero del artículo (40.000 euros en total), como asociada al tipo de contrato (de forma que un mismo adjudicatario podría acumular en contratos menores hasta 40.000 euros en realización de obras, 15.000 euros en suministros y otros 15.000 euros en servicios, 70.000 euros en total) o como importe inferior a 40.000 euros para obras y a 15.000 euros para el importe acumulado de suministros y servicios (55.000 euros en total).

⁴⁹ Aunque la LCSP no cita período alguno en su artículo 118.3, el debate se centró en si debía tomarse como referencia el ejercicio presupuestario o el año inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato menor. Entiende DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, cit., p. 29, que ante el silencio del legislador no cabe considerar ninguna opción errónea, si bien el primero “parece lógico”, siendo en todo caso imprescindible que se siga el mismo criterio para todos los contratos menores de un mismo órgano de contratación. Y así, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 42/2017, de 2 de marzo de 2018, se remite a la incorporación de la factura en el expediente como momento de inicio del cómputo, frente al Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que considera aplicable el criterio del ejercicio o anualidad presupuestaria a que se imputen los créditos que financiaran la ejecución del contrato menor adjudicado. Para el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, “ambos sistemas se consideran adecuados y válidos, no siendo la ley la que lo concreta y teniendo los dos argumentos que los avalan”, por lo que entiende que la cuestión relativa al ámbito temporal de la limitación “es, posiblemente, el ejemplo más claro de la deficiencia legislativa de este precepto, por la ausencia de una previsión del todo necesaria que hay que cubrir por vía interpretativa, dada la desproporción que supondría entender, de acuerdo con el literal de la LCSP, que la prohibición de suscribir un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa se establece sin límite o acotación en el tiempo”. A ello debe sumarse, por la demás, la incidencia, en su momento, de la entrada en vigor de la LCSP y el posible cómputo o no de otros contratos menores suscritos durante el período anterior a su vigencia. Se pronuncia al respecto la Recomendación 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.

⁵⁰ Entiende DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, cit., p. 29, que deben computar a efectos de volumen de contratación dado que son contratos menores y la LCSP no los exceptúa en el artículo 118, aunque sí los exceptione a efectos de publicación y remisión de información. A idéntica conclusión llega la Recomendación 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.

imponía el deber de comprobar y garantizar el cumplimiento de aquel extremo?⁵¹ ¿Los límites referidos debían operar por poder adjudicador o por cada uno de sus órganos de contratación en caso de contar con varios; es más, podían verse afectados por el empleo de mecanismos de delegación y/o, en su caso, de desconcentración?⁵²

Es precisamente esta limitación por adjudicatario la que se convertiría en principal caballo de batalla de la nueva regulación del contrato menor, no tanto, en cambio, los mayores requisitos formales asociados a su tramitación o la sustancial minoración de su cuantía. Y así, se ha hecho hincapié en cómo la mayor oposición a la nueva regulación restrictiva de la LCSP respecto de la contratación menor vino, curiosamente, del mundo universitario, de los centros de investigación y de los pequeños y medianos poderes adjudicadores⁵³, provocando “numerosos artículos doctrinales y especialmente diversos y en parte contradictorios pronunciamientos de los órganos consultivos”, desembocando, incluso, en “una campaña de recogida de firmas para modificar la ley con el argumento de que la nueva ley acabaría con la investigación en nuestro país, como si en los países más avanzados que el nuestro en esta materia existieran contratos menores que la facilitasen”⁵⁴. La preocupación y el debate al respecto se saldaría, finalmente, con la modificación de la LCSP por el Real decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la ciencia, la tecnología, la innovación y la universidad, para incorporar a su enunciado una nueva disposición adicional quincuagésima cuarta que, en el sentido indicado *supra*, flexibilizara la regulación de la contratación menor a fin de facilitarla en este ámbito.

Ahora bien, la polémica se planteó en términos más amplios, no solo desde la perspectiva concreta de la entidad adjudicadora sino también desde la propia posición de los interesados en licitar y alcanzar la condición de adjudicatario del contrato menor. La controversia llevó así a cuestionar la propia justificación de la limitación impuesta a los contratistas, por considerarla “arbitraria” e incluso “contraria a los principios que rigen la contratación pública”, por cuanto vulneraría la igualdad entre empresas en función del procedimiento de adjudicación empleado, perjudicando

⁵¹ Vid. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, cit., pp. 5 y ss.

⁵² MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., p. 7, apela al “espíritu de la ley” para interpretar la referencia anterior del artículo 118.3 al órgano de contratación como “órgano de contratación con perfil propio”, es decir, como poder adjudicador. LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. y ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, cit., p. 10, recuerdan, por su parte, que “nadie puede dar más de lo que tiene, como en el milagro de los panes y los peces”, por lo que “el límite afecta al órgano de contratación, con independencia de cómo opere”.

⁵³ Vid., en este sentido, sobre la limitación en relación con servicios generales e infraestructuras del organismo de investigación, el Informe 25/2018, de 15 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁵⁴ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, cit., p. 4, para quien “detrás de estas quejas no se puede ocultar que hay mucho de resistencia al cambio y de falta de planificación para corregir situaciones que ya eran irregulares, como el recurso sistemático a la contratación menor para cubrir necesidades permanentes”. En todo caso, para GONZÁLEZ, J., “Nuevo cambio en la LCSP: los contratos menores para la ciencia”, *Global Politics and Law*, 12 de febrero de 2019, es, asimismo, “una manifestación de las dificultades de adaptación que está teniendo el sistema público de ciencia al nuevo régimen legal, entre otras cosas por la escasez de personal; sobre todo en el ámbito del personal de administración y servicios” (Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2019/02/11/nuevo-cambio-en-la-lcsp-los-contratos-menores-para-la-ciencia/>).

especialmente a las pequeñas empresas al “limitarse su concurrencia” respecto de los contratos menores⁵⁵.

Al proscribir la suscripción durante una misma anualidad de contratos menores con un adjudicatario por un importe que superara en total la cifra límite fijada para el contrato menor de que se trate por el artículo 118 de la LCSP, se pretendía evitar, en definitiva, el fraccionamiento contractual por la vía de hecho, esto es, por medio de la presentación de facturas diversas que, si bien de forma aislada no superaran el umbral de la contratación menor, supusieran en la práctica, sin embargo, la acumulación en el plazo de una anualidad de un importe en concepto de precio contractual superior al citado límite por parte de un mismo contratista adjudicatario⁵⁶. Rápidamente se puso de relieve, sin embargo, cómo la pretendida salvaguarda “exigiría llevar un exhaustivo control de facturas y contratos, lo que, además de ser contradictorio con el espíritu simplista de los contratos de poca entidad, sería de muy difícil gestión para una pequeña entidad local”⁵⁷.

Las dudas interpretativas que planteaba la literalidad del artículo 118.3 motivaron, incluso, que antes de la entrada en vigor de la norma ya se hubiesen emitido informes al respecto por las Juntas Consultivas de Contratación de Aragón⁵⁸ y del Estado⁵⁹, a los que siguieron poco tiempo después otros precedentes de Madrid⁶⁰, País Vasco⁶¹, Cataluña⁶² o Galicia⁶³. Cabe constatar a resultas de los mismos la fractura entre quienes, siguiendo la posición de la Junta Consultiva estatal, mantenían que una interpretación literal del artículo 118.3 de la LCSP llevaría consigo una restricción exagerada del principio de competencia, entendiendo que un mismo contratista podría sobrepasar los umbrales económicos fijados por el precepto siempre que los objetos de los distintos

⁵⁵ Para PLEITE GUADAMILLAS, F., “Un contrato no tan menor”, cit., p. 3, es “evidente el perjuicio económico que se causa a las pequeñas empresas”, si bien “también los entes locales con pequeños presupuestos en poblaciones, generalmente, con escasa oferta de contratistas se verán abocados a la inutilidad de este procedimiento y encontrar dificultades para contratar determinados suministros, servicios u obras que se vería encarecida al reducirse la oferta”.

⁵⁶ El artículo 118.3 de la LCSP debe ponerse, en todo caso, en conexión con la nueva configuración legal de la tramitación contractual por lotes. No en vano, el artículo 99.3 de la LCSP invierte la regla general del anterior artículo 86.3 del TRLCSP al exigir ahora “la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan”, de forma que deberá “justificarse debidamente en el expediente”, salvo en el caso de contratos de concesión de obras, la decisión del órgano de contratación de no dividir en lotes el objeto del contrato, opción que tan solo resulta posible “cuando existan motivos válidos”. Sobre la prohibición legal de fraccionar el objeto del contrato con la finalidad de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, *vid.*, por todos, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 69/08, de 31 de marzo de 2009, para el que “no tiene que considerarse vetado por la ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad”.

⁵⁷ ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 3. *Vid.*, asimismo, en idéntico sentido, VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 159, 2019.

⁵⁸ Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁵⁹ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 41 y 42/2017, de 2 de marzo de 2018, así como 5/2018, de 2 de marzo.

⁶⁰ Informe 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

⁶¹ Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del País Vasco.

⁶² Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

⁶³ Informe 1/2018, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

contratos menores suscritos fueran cualitativamente diferentes o cuando, siendo equivalentes, no hubiera duda que no constituían unidad de ejecución en lo económico y jurídico, y quienes, adoptando, en cambio, la posición liderada por la aragonesa, defendían que la letra de la ley no era oscura ni ofrecía dudas interpretativas al respecto, sin que pudieran adjudicarse contratos menores de un mismo tipo contractual que excedieran, en su totalidad, del importe establecido como límite fuese cual fuese su objeto. Esta posición sostenía, además, que al impedir la concentración de contratos menores en un tercero o en unos pocos empresarios se favorecía, en realidad, tanto la concurrencia como el acceso efectivo de las pymes a la contratación del sector público, sin que el tercero afectado, en su caso, por la limitación en cuestión viera realmente restringida su posibilidad de seguir contratando con la Administración pública mediante el resto de procedimientos previstos al efecto por la LCSP, más respetuosos que la contratación menor con los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato entre licitadores.

Al margen de los claroscuros y de los interrogantes planteados por el precepto, prácticamente irresolubles a la vista de las posiciones divergentes mantenidas al respecto doctrinal y administrativamente⁶⁴, resulta indudable que con la incorporación de este límite el legislador, sin afirmarlo de forma expresa⁶⁵, defendía de manera muy clara el empleo del contrato menor para necesidades extraordinarias, dejando fuera de su ámbito de aplicación aquellas obras y, sobre todo, servicios y suministros ordinarios que son, en la práctica, previsibles y absolutamente predecibles en el normal funcionamiento de una Administración pública⁶⁶, que habrían de llevarse ahora, en cambio, a la tramitación contractual ordinaria⁶⁷. Sin embargo, los incansables embates al límite cuantitativo por adjudicatario llevarán finalmente a certificar su defunción a partir del 6 de febrero de 2020, fecha en que entra en vigor la nueva redacción que otorga al artículo 118 de la LCSP el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero⁶⁸. Si bien

⁶⁴ No en vano, el Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) de diciembre de 2019, subraya cómo de los 136 informes emitidos a resultados de consultas vinculadas a la LCSP durante el período comprendido entre marzo de 2018 y marzo de 2019, 31 se centran en el contrato menor, versando 15 de ellos, a su vez, sobre la interpretación del artículo 118.3 de la LCSP.

⁶⁵ La LCSP “se ha quedado corta”, en opinión de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., p. 2, al no imponer, precisamente, de forma taxativa la utilización excepcional de la figura solo para necesidades puntuales y esporádicas.

⁶⁶ En idéntico sentido, por todos, LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. y ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, cit., para quienes el reto y cambio de paradigma planteado por el nuevo marco legal “muy probablemente podría tener una fácil solución si los contratos de tracto sucesivo dejaran de tramitarse como contratos menores utilizando para ello los procedimientos legalmente establecidos para su adjudicación”, hasta el punto de que no descartan que “de manera indirecta o difusa sea esa una de las causas o razones del legislador” para la reforma.

⁶⁷ *Vid.*, en tal sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 4/2010, de 29 de octubre, en el que se sostiene que “en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto –o podría tenerlo, si se aplicaran los principios de programación y buena gestión– de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo y, aun así, tramitara diferentes contratos menores y eludiera las normas más exigentes de publicidad y procedimiento”.

⁶⁸ Así lo refiere CAMPOS, C., en su blog *masleyes: hablando de leyes que no hacen milagros*, 5 de febrero de 2020, para quien “sin dudas y sin paliativos el contrato menor ha sido la gran estrella de la Ley de contratos”, concentrando un único artículo, el 118, “toda la atención, de académicos, operadores, gestores, contratistas, contratantes, sociedad, medios y cualquier

es cierto que el enunciado del artículo 118.3 se encontraba aquejado de graves deficiencias de técnica legislativa y que el decreto-ley “pone fin a un periplo interpretativo llevado a cabo por distintas juntas consultivas de contratación que no hacía sino generar más controversia en la aplicación del citado precepto”⁶⁹, no lo es menos que habría resultado deseable e infinitamente más adecuada su reforma a fin de concretar y aclarar aquellos aspectos que planteaban dudas e interrogantes en lugar de optar por su supresión definitiva y un tanto abrupta⁷⁰. Curiosamente las dos enmiendas presentadas al respecto en relación con el proyecto de ley de medidas urgentes por las que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores (de seguros privados,; de planes y fondos de pensiones, del ámbito tributario y de litigios fiscales) proponen recuperar la exigencia, si bien flexibilizándola respecto a su interpretación más estricta y restrictiva. Y así, el Grupo Parlamentario Popular aboga por que en el expediente se justifique “que el contratista no ha suscrito más contratos menores con un mismo código CPV que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, frente al Grupo Parlamentario Ciudadanos, que se limita a hacer constar, en cambio, que “solo podrán celebrarse varios contratos menores con el mismo contratista si las prestaciones de los contratos son totalmente diferentes, aunque sean del mismo tipo con la limitación temporal referida al ejercicio presupuestario al que remite el artículo 28 de esta ley”⁷¹.

2.3 Duración

En fin, el contrato menor cuenta también con una importante limitación temporal, puesto que no podrá tener una duración superior a un año, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 29.8 de la LCSP. Quedan, asimismo, excluidos de posible prórroga. Por su escasa cuantía, inferior a los umbrales determinados al efecto por el artículo 118 de la ley, están llamados a ejecutarse de forma inminente, prácticamente instantánea, en un lapso corto de tiempo, simplificándose, en consecuencia, la tramitación de su expediente de contratación y excluyéndose la posibilidad de prorrogar en el tiempo su duración. A tal efecto, el límite temporal permanece inalterable en la nueva ley respecto a la regulación anterior, si bien nada indica la LCSP respecto a si esta limitación se aplica también o no a los supuestos especiales que escapan del artículo 118 de la

otro sujeto que podamos imaginar” (Disponible en: <http://concepcioncampos.org/cronica-de-una-muerte-anunciada-la-racionalizacion-del-contrato-menor/>).

⁶⁹ Así lo destaca ORQUÍN SERRANO, J., “Adiós a los límites de la contratación menor”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, abril 2020, pp. 141 y ss.; y, del mismo autor, “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, cit.

⁷⁰ En esta misma línea el Observatorio de Contratación Pública, “El contrato menor ‘vuelve’ a los orígenes”, 5 de febrero de 2020, al dar noticia de la reforma efectuada mantiene que “en un contexto donde OIRESCON, en su primer Informe anual de Supervisión de diciembre de 2019 o Fundación Civio han advertido del mal uso de este procedimiento y su carácter intensivo, la nueva regulación abre aún más la puerta a más espacios de impunidad y adjudicación directa y no parece alinearse con el objetivo de regeneración democrática” (Disponible en: <http://www.obcp.es/noticias/el-contrato-menor-vuelve-los-origenes>).

⁷¹ *Vid. el Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, n. 5-2, de 22 de mayo de 2020, en particular, enmiendas n. 21, pp. 13 y 14, y n. 132, pp. 98 y 99.

propia ley. En concreto, la contratación de servicios sanitarios de urgencia regulada en el artículo 131.4 y las actividades formativas a que se refiere el artículo 304. La exclusión de las disposiciones de la ley sobre preparación y adjudicación plantea dudas, ¿debe entenderse la duración contractual como atinente a estas fases o, más bien, a la de ejecución?⁷² Más dudas aun ofrece la duración de los contratos de suscripción de revistas y bases de datos previstos por la disposición adicional novena, ya que, pese a su remisión completa e incondicionada a la regulación del contrato menor, suele ser habitual formalizar esas suscripciones sin fecha predeterminedada de terminación contractual.

La estricta limitación de su duración máxima supone, además, que el contrato menor queda asimismo excluido de la revisión periódica y predeterminedada de precios, que, conforme al artículo 103.5 de la LCSP, tan solo podrá tener lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización, de tal forma que aquel porcentaje y este primer lapso de dos años quedarían fuera de la revisión a efectuar.

Ahora bien, pese a que esta es la regulación aplicable al contrato menor, ha de tomarse en consideración la situación excepcional originada por la pandemia del COVID-19 y la ampliación de plazo o prórroga que ha supuesto en relación con los mismos la declaración del estado de alarma. No en vano, el artículo 34 del Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, dispuso para los contratos públicos de servicios y suministros distintos de los de prestación sucesiva, en su apartado 2, y para los de obras, apartado 3, ciertas medidas orientadas a paliar las consecuencias del COVID-19 siempre que los contratos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada al efecto, destacando señaladamente entre ellas su prórroga o, en el caso de obras, la suspensión de la prestación contractual, de forma que cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del propio COVID-19 o de las medidas estatales, autonómicas o locales para combatirlo, se le podrá ampliar el plazo inicial o la prórroga en curso por un plazo al menos idéntico al tiempo perdido por este motivo a no ser que el propio contratista pidiese otro menor.

En todo caso, planteada la duda en relación con la aplicación del citado artículo 34.2 a los contratos menores, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado emite informe al efecto que concluye, taxativamente, que “una vez acreditado que el retraso no es imputable al contratista sino al COVID-19, el precepto impone *ex lege*, por razones de interés general, la prórroga o ampliación del plazo de ejecución, sin imposición de penalidades al contratista y sin posibilidad de apreciar causa de resolución”, tratándose “de una norma especial aplicable, sin exclusiones, a todos los contratos no suspendidos conforme al artículo 34.1 del Real decreto-ley 8/2020 y cuya ejecución quede afectada por el COVID-19, debiendo entenderse también aplicable, por las razones expuestas, a los contratos menores”.

⁷² Se inclina por esta segunda opción MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., p. 6.

3 Requerimientos formales para la adjudicación, perfección y formalización del contrato menor

La reforma de la contratación menor que efectúa la LCSP no solo afecta, en cualquier caso, a los umbrales y a los tipos de contratos en relación con los que cabe acordar válidamente un contrato de este tipo, esto es, a las condiciones *sine qua non* del contrato menor, sino que atañe también al cauce procedimental para su celebración, imponiendo nuevos requerimientos formales desconocidos hasta el momento en su tramitación.

En efecto, cobra especial trascendencia, por brevísima que sea, la fase de preparación del contrato menor. No en vano, a diferencia de lo establecido en el anteriormente vigente artículo 111 del TRLCSP, conforme al que la tramitación de su expediente tan solo precisaba, sin perjuicio de las especialidades aplicables al contrato de obras, “la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente”, el nuevo artículo 118 de la LCSP exige, a mayores, “la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos” en el apartado primero del precepto⁷³, anudando, además, la reforma legal de 2017 a la contratación menor nuevas obligaciones en materia de transparencia orientadas a garantizar la publicidad y facilitar la fiscalización de este tipo de contratos⁷⁴.

3.1 La preceptiva motivación de la necesidad del contrato menor

El informe exigido por el artículo 118.2 de la LCSP para la tramitación del expediente del contrato menor es un requisito que enlaza a su vez, sin lugar a duda, con el enunciado del artículo 28 de la ley, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y a la eficiencia en la contratación⁷⁵. Incardinado, en concreto, entre las disposiciones

⁷³ Para TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, cit., no hay duda que la nueva redacción de la LCSP “restringe drásticamente la posibilidad de acudir a los contratos menores”, promoviendo el empleo de la contratación centralizada y de nuevos procedimientos de adjudicación simplificados y subsanando así “la tan criticada ausencia de expediente de contratación como tal y, por ende, de transparencia que tanto ha lastrado al contrato menor, ya no en la opinión pública sino ante la propia jurisdicción penal”.

⁷⁴ La LCSP se inserta así en la dirección marcada en su momento por el Informe del Tribunal de Cuentas n. 1151, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, sin adherirse ni asumir del todo, no obstante, sus recomendaciones relativas a cuatro aspectos muy concretos: “adoptar las medidas necesarias para incrementar los controles informáticos internos que garanticen el adecuado tratamiento de la información que contienen las bases de datos comprensivas de la contratación menor celebrada”; promover la concurrencia, “cuando las circunstancias de un contrato, y especialmente su cuantía, así lo aconseje”, solicitando “ofertas a varias empresas, puesto que, al existir mayor competencia, podrían obtenerse mejores condiciones económicas”; y valorando en estos casos “la conveniencia de dejar constancia formal de las actuaciones que hubiera llevado a cabo en la fase preparatoria, tales como la acreditación de la promoción de concurrencia, en su caso, la acreditación de la habilitación de la empresa adjudicataria, cuando esta sea necesaria, la suficiente solvencia de la empresa o una declaración responsable de que el adjudicatario no se encuentra incurso en prohibición de contratar”; “incrementar el control de los expedientes para garantizar el adecuado cumplimiento del procedimiento establecido para la ejecución del gasto público, en aras de la mayor transparencia del procedimiento”; así como aumentar “los mecanismos de control interno sobre los contratos relacionados con el mantenimiento de las instalaciones y dependencias que se encuentran a su cargo”.

⁷⁵ *Vid.* al respecto, con mayor profundidad, el comentario efectuado al artículo 28 de la LCSP en CASARES MARCOS, A., “Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, Martínez Fernández, J.M. y Bocos Redondo, P. (coords.), *Contratación del Sector Público Local*, T. I, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

generales que sobre la contratación del sector público establece el título I de la LCSP, se sitúa entre las medidas que para su racionalidad y consistencia sanciona el capítulo I⁷⁶. Conforme a su tenor literal, no basta con que el contrato resulte necesario para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de la entidad del sector público contratante en cada caso, sino que es preciso, además, fundamentar este extremo documentalmente y con precisión⁷⁷. Es decir, se exige siempre al órgano contratante, también en el supuesto del contrato menor, no solo el respeto y cumplimiento de las normas de tramitación del procedimiento de contratación aplicable, sino también la justificación de la propia necesidad del contrato en sí para la satisfacción de los fines del ente público, imponiéndosele, por consiguiente, la obligación de velar por su eficiencia en estos términos⁷⁸.

No en vano, el tenor literal del artículo 1.1 de la LCSP dispone que “la presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”. Son vertientes que conectan con los intereses generales a los que, conforme al artículo 103.1 de la Constitución española, sirve con objetividad nuestra Administración pública. Obligación reiterada en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público⁷⁹.

La traslación de estas ideas generales y su concreción en el supuesto particular de un contrato celebrado por el sector público se traduce en el deber indisponible de que todo contrato público persiga una finalidad concreta de interés público, dentro del ámbito de competencia del órgano de contratación correspondiente. Es más, se trata de un extremo o deber, de carácter teleológico, sometido a control judicial conforme a lo dispuesto por el artículo 106.1 de la Constitución, por cuanto corresponde a los

⁷⁶ Se refiere a la “novedosa exigibilidad de racionalidad y consistencia en la decisión de contratar” que sanciona la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, refiriendo su extrañeza por los términos elegidos, GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, *Contratación del Sector Público Local*, T. I, La Ley y El Consultor, Madrid, 2008, p. 276.

⁷⁷ Se trata, en todo caso, de un precepto aplicable a todas las entidades del sector público, conforme a la propia definición que dispone al efecto el artículo 3.1 de la ley, excediendo, por tanto, del ámbito subjetivo más restringido de las que alcanzan, a efectos de este texto legal, la consideración de administraciones públicas.

⁷⁸ Se pretende con ello, en expresión de MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012, p. 666, “asegurar el ajuste formal a las normas procedimentales y que sólo se contrata aquello que es estrictamente necesario”, jugando la necesidad del contrato y la idoneidad de su configuración el papel de “elemento causal del mismo”, en cuanto “aptitud para desempeñar la función económico-social asignada por el ordenamiento jurídico”. *Vid.*, con mayor profundidad, sobre la necesidad, entre otras cosas, de “garantizar la evaluación adecuada de las necesidades”, GIMENO FELIÚ, 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 de Estudios de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010, pp. 517 y ss.

⁷⁹ Resultan de interés, a este respecto, las reflexiones vertidas por NEVADO-BATALLA MORENO, P.T., “Algunas reflexiones sobre formación y control de las decisiones públicas”, *La Administración al día. Estudios y comentarios*, INAP, Madrid, edición de 20 de julio de 2017.

tribunales controlar el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican⁸⁰.

De esta forma, el artículo 28.1 de la LCSP prohíbe a las entidades del sector público, en sintonía con el objeto y finalidad que enuncia para la ley su artículo 1, la celebración de contratos que no sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, exigiendo la justificación detallada en la documentación preparatoria correspondiente de ciertos aspectos concretos⁸¹. En concreto, deberán acreditarse adecuadamente antes del inicio del procedimiento de adjudicación correspondiente, “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad”. Pese a reiterar prácticamente de forma literal el enunciado del artículo 22.1 del TRLCSP, introduce una referencia expresa, ciertamente novedosa, a varios de los procedimientos concretos de adjudicación contractual regulados por la ley. Su tenor, que debe ponerse necesariamente en relación con el artículo 118.1 de la ley en el supuesto concreto de un contrato menor, resulta enrevesado y precisamente por ello un tanto equívoco, sin que deba inducir, no obstante, a confusión.

Y así, todo contrato público precisa, con carácter general, para su válida celebración, de la tramitación del correlativo expediente de contratación, en los términos dispuestos en relación a su iniciación y contenido por el artículo 116 de la LCSP. Corresponde al órgano de contratación motivar la necesidad del contrato, iniciando con ello la tramitación del mencionado expediente⁸². La referencia expresa del precepto a ciertos procedimientos concretos de adjudicación no pretende, sin embargo, excluir la obligación de motivar la necesidad de contratar en los supuestos no citados, sino más bien concretar el alcance específico de ese deber inexcusable.

Habrà de motivarse siempre, sin excepción alguna, “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado”. En cambio, “la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas” serán concretadas de manera expresa al inicio del expediente de contratación cuando el contrato público vaya a adjudicarse por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad. En los restantes supuestos de adjudicación contemplados por la ley, es decir, en caso de procedimiento negociado con publicidad, diálogo competitivo, asociación para la innovación y concurso de proyectos, la propia tramitación procedimental presupone la negociación y progresiva concreción del objeto y el contenido contractual durante

⁸⁰ *Vid.*, en este sentido, DE SOLAS RAFECAS, J.M., “El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada y el de la libertad de pactos en la Administración”, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 3088.

⁸¹ *Vid.* a tal efecto el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 31/05, de 29 de junio, relativo al inicio del expediente de contratación en el ámbito de la Administración local, donde se subraya la distinción entre el inicio *stricto sensu*, que debe acompañarse de la justificación pertinente, y el acto de aprobación definitiva del expediente que produce plenos efectos jurídicos hacia terceros y el órgano de contratación.

⁸² Tan solo escapan de esta obligación general aquellos contratos sujetos al régimen excepcional que establece el artículo 120 para los supuestos en que deban ser tramitados de emergencia, de tal manera que cuando la Administración pública tenga que actuar de forma inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, el órgano de contratación podrá ordenar directamente la ejecución en los términos dispuestos por el precepto, sin obligación de tramitar el oportuno expediente de contratación.

su fase de adjudicación, resultando, por tanto, imposible por definición su precisión y justificación minuciosa al momento de iniciarse el expediente correspondiente⁸³.

No solo eso, el legislador ha concretado esta obligación de forma específica respecto a algunos casos concretos. Por ejemplo, en relación con contratos típicos de especial frecuencia, repercusión y trascendencia económico-financiera. Así sucede, en particular, al regular las actuaciones preparatorias del contrato de obras [artículo 233.1 a) de la LCSP] o de la concesión de obras [artículo 247.2 a)]. En esta misma línea, el artículo 118.2 dispone que “en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación que justifique de manera motivada la necesidad del contrato”. Si bien la LCSP no indica el momento concreto en que la justificación debe realizarse formal o documentalmente, como bien señala el Informe 1/2018, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, “lo correcto es que la concurrencia de los requisitos legales que determinan la posibilidad de utilización del contrato menor se compruebe en el momento en el que se efectúe el encargo”, siendo suficiente, en todo caso, “que las justificaciones documentales expresadas consten en el expediente tramitado de acuerdo con el artículo 118 con carácter previo a la aprobación del gasto”.

Conviene subrayar a tal efecto que conforme al artículo 38 b) de la LCSP son inválidos los contratos menores celebrados “cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”. El artículo 39.1 de la ley remite, a su vez, para la determinación de las causas de nulidad, a las previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, conforme a cuyo apartado 1 e) será nulo de pleno derecho el contrato menor dictado “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Debe considerarse así, en mi opinión, la ausencia de informe del órgano de contratación que motive la necesidad del órgano, exigencia del artículo 118.1 de la LCSP que conecta directamente con el artículo 28 de la ley y con el objeto principal de la misma, de forma que su ausencia supone prescindir por completo de la fase preparatoria del contrato menor⁸⁴. Otra cosa, más compleja y

⁸³ En efecto, conforme al artículo 166.2 de la ley, se determinarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas. Del mismo modo, dispone el artículo 172.1 que “la mesa especial de diálogo competitivo dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta”. Establece, por lo demás, el artículo 177.1 que en los supuestos de asociación para la innovación el órgano de contratación determinará en los pliegos de cláusulas administrativas particulares “cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado”, indicando, asimismo, “qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores”, facilitando información “lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida”. Son, en fin, concursos de proyectos, de acuerdo con el artículo 183.1, “los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado”.

⁸⁴ *Vid.*, en esta misma línea, DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, cit., p. 26, para quien la existencia de un expediente de contratación para los contratos menores “tiene como consecuencia la pérdida de la inmediatez en la ejecución del contrato de que se trate, así como un control *a priori* intentando garantizar que solo se contrata lo necesario para cubrir las necesidades reales existentes”. Incide también en ello TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos

delicada, será la posible ponderación judicial de su insuficiencia para determinar la invalidez del contrato, tema que enlaza de lleno, como se comprende, con el difícil y espinoso asunto del control de la discrecionalidad administrativa.

En definitiva, el legislador insiste de forma reiterada a lo largo del articulado de la LCSP en la necesidad de justificar el contrato, como vía para garantizar la ansiada racionalidad y consistencia de la contratación del sector público⁸⁵. Qué duda cabe que la motivación expresada al respecto por el órgano de contratación habrá de resultar en ese sentido fundamental, no solo para probar adecuadamente la necesidad del acuerdo contractual, sino para evidenciar detalladamente la idoneidad del contrato menor en cuanto auténtica causa del contrato, esto es, la congruencia entre su finalidad y objeto⁸⁶. De ahí que el Informe 42/2017, de 2 de marzo de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado haga hincapié en que el informe de necesidad del contrato menor “debe tener un contenido sustantivo y propio”, sin que “pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio”, tratándose de “figuras diferentes”⁸⁷. Respecto a su alcance, la Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco sostiene, de forma ilustrativa, que “la necesidad incluye la justificación de la externalización por no contar con medios propios personales o materiales, el interés público que respalda dicha necesidad y el que dicho interés no pueda satisfacerse con ningún otro contrato en vigor”.

A tal fin resulta aplicable lo dispuesto en relación con la motivación de las resoluciones administrativas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, pudiendo optar el órgano de contratación por una motivación sucinta, si bien expresa, en ningún caso genérica o meramente formularia⁸⁸, o por motivar *in aliunde* e incorporar a su texto, en virtud

menores”, cit., al afirmar que se antoja *prima facie* “complicado poder justificar el acudir a la contratación menor, en aras de razones tales como el plazo o la necesaria inmediatez de la prestación”.

⁸⁵ El enunciado final de la LCSP no ha recogido, sin embargo, las recomendaciones realizadas al efecto en su día por el Observatorio de la Contratación Pública y Transparencia Internacional España en sus propuestas de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de contratos del sector público, en las que sugerían que “en todo expediente de licitación, en especial los de concesión de obras o de servicio de importe elevado debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera y de viabilidad suscrito por funcionarios especializados e independientes”.

⁸⁶ Sobre los dos planos, formal y material, que cabe distinguir para determinar el alcance del control del elemento causal del contrato y la dificultad de que un órgano jurisdiccional vaya más allá del estrictamente formal para entrar a valorar materialmente la bondad de las razones dadas por el órgano de contratación, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, cit., pp. 281 y ss., y los escasos precedentes jurisprudenciales habidos en la materia que cita. No en vano, engarza con el difícil tema del control judicial de la discrecionalidad administrativa.

⁸⁷ Subraya, además, que ha de ser firmado por el titular del órgano de contratación, salvo que la competencia haya sido delegada en los términos legalmente establecidos. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., hace hincapié, en tal sentido, en la exigencia legal de que sea emitido “por el órgano de contratación y no por sus servicios técnicos o jurídicos”.

⁸⁸ MORENO IBÁÑEZ, I., “Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, cit., p. 3, sostiene que las motivaciones genéricas o formularias desnaturalizarían la exigencia legal y convertirían al informe “en un mero trámite burocrático de escaso valor administrativo”, debiendo modular el órgano administrativo el nivel de detalle necesario en cada caso “en atención a su naturaleza e importancia”. En idéntico sentido, CARBONERO GALLARDO, J.M., “Calificación de contratos y actos de trámite. Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de contratos del sector público 2017”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, de 1 de mayo de 2020, pp. 4 y ss.

del artículo 88.6, los informes o dictámenes aceptados, que habrían de servir así de motivación a la resolución⁸⁹.

3.2 Contrato menor y fraccionamiento indebido del objeto contractual

Ahora bien, por importante que sea la motivación del contrato menor, su preparación debe ir acompañada, además, de la determinación de dos cuestiones conexas de gran trascendencia, esto es, el objeto del contrato y su valor estimado. Resultan aplicables, a tal efecto, las disposiciones de los artículos 100 y 101 de la LCSP, dirigidas, respectivamente, a concretar las reglas aplicables al presupuesto base de licitación, que deberá elaborarse, por lo que interesa a nuestros efectos, con el cuidado del órgano de contratación por que “sea adecuado a los precios del mercado” y a pautar, en fin, la determinación del valor estimado de los contratos. Debe tomarse en consideración, a tal efecto, que de conformidad con el artículo 103.2 de la LCSP y con la propia racionalidad y sentido de la contratación menor, de escasa duración e improrrogable, no procede en caso alguno la revisión de precios en este tipo de acuerdos.

Por lo demás, la flexibilidad e inmediatez con que se concibe este tipo de contratos los exime de contar con pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, aunque podrían existir si se estimaran necesarios⁹⁰. No en vano, puede resultar aconsejable contar con algún tipo de soporte documental que pauté la actuación a seguir ante incidencias posteriores que pudieran surgir en la fase de ejecución del contrato menor⁹¹. Si el contrato menor es de obras, debe acompañarse su presupuesto, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, del correspondiente proyecto⁹² o del informe de supervisión de proyectos a que se refiere el artículo 235 de la LCSP, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

⁸⁹ De motivación indirecta habla GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, cit., p. 279, al referirse a esta remisión. Resulta sobradamente conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto declarando que la irregularidad que supondría su no incorporación textual a la resolución administrativa no acarrea la anulabilidad de esta última siempre que haya quedado garantizado el conocimiento efectivo de las razones de la Administración por parte del administrado, excluyéndose, por tanto, en estos supuestos, su indefensión. De esta forma, si constan en el expediente administrativo tales informes y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica *in aliunde* satisfaría las exigencias de la motivación, pues permitiría al receptor del acto conocer la justificación de lo decidido por la Administración. Así, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 y 31 de enero de 1983 (ponentes Martín y Gutiérrez de Juana, respectivamente), de 16 de marzo de 1984 (ponente Garralda Valcárcel), de 14 de octubre de 1985 (ponente Reyes Monterreal), de 30 de mayo de 1986 (ponente Martín Martín), de 31 de julio de 1990 (rec. 398/1987), de 14 de marzo de 2000 (rec. 3660/1996), de 16 de abril de 2001 (rec. 3671/1996), de 7 de julio de 2003 (rec. 6286/2000), de 12 de julio de 2004 (rec. 88/2001), 21 de noviembre de 2005 (ponente Baena del Alcázar) o de 11 de febrero de 2011 (rec. 161/2009).

⁹⁰ Regulados en los artículos 121 a 130 de la LCSP.

⁹¹ Así lo sostiene, en particular, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, cit., pp. 9 y ss., quien afirma taxativamente que se trata de un motivo de ineficiencia del contrato menor, dado que “si esto puede no ser necesario en un contrato de suministro de un bien mueble en un comercio porque el contrato se agota en sí mismo y el comerciante ofrece garantías estándar para el producto”, en los contratos que impliquen prestaciones de hacer concretas, ya sea una obra o un servicio, “es oportuno al menos un acuerdo que refleje esas condiciones mínimas y que se remita, en caso de incumplimientos, a un sistema de penalizaciones, indemnizaciones, procedimiento y resolución que permitan al órgano de contratación disponer de herramientas jurídicas adecuadas para actuar en caso de incumplimiento por parte del adjudicatario, como puede ser un pliego modelo para el tipo de contrato de que se trate”. No en vano, p. 8, “un contrato menor por su cuantía puede ser ‘mayor’ en problemas si el contratista no cumple puntualmente con lo que se espera de él”.

⁹² La normativa sectorial aplicable determinará no solo el contenido del proyecto, sino también la posible necesidad de un estudio básico de seguridad y salud en los términos del artículo 4 del Real decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Resulta esencial, en cualquier caso, desde la perspectiva del objeto contractual, la exigencia del artículo 118.2 de que se justifique en el expediente de contratación “que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior”, esto es, el valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de suministros o de servicios. Se debe razonar adecuadamente, en definitiva, que no existe fraccionamiento indebido del objeto del contrato menor en lotes para eludir la transparencia y concurrencia que sancionan las directivas comunitarias en materia de contratación pública⁹³. Con ello el legislador sanciona indirectamente la imposibilidad de dedicar el contrato menor a necesidades recurrentes, previsibles y predecibles por su propia periodicidad, extremo sobre el que se había pronunciado ya en términos categóricos el Dictamen 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias, que insta a depurar responsabilidades por el uso reiterado de la contratación menor para necesidades permanentes y mediante fraccionamiento fraudulento e ilícito del objeto contractual, “sin una correcta planificación previa que permita lograr una eficiencia y racionalidad en la utilización de los recursos públicos y con total desprecio a los principios reguladores de la contratación pública: transparencia, legalidad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima”⁹⁴.

En definitiva, tras la reforma operada por la LCSP en 2017, como bien subraya la Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco, en el expediente del contrato menor “se debe justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación. El objeto debe estar clara y detalladamente definido, recogiendo su causa y su materia, y con la mención exhaustiva en dicha justificación de las tareas que conllevará, y el espacio temporal en que operará, nunca superior a un año ni susceptible de prórroga, como indica el artículo 29 de la propia LCSP en su apartado 8. Dicha justificación ha de elaborarla y rubricarla la persona encargada de definir tales tareas y controlar su correcta ejecución”.

⁹³ Sobre la fiscalización del contrato menor y las consecuencias disciplinarias y penales que plantea, *vid.* la jurisprudencia y doctrina administrativa citada al efecto por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., pp. 5 y ss.; y, del mismo autor, cit., pp. 12 y ss.

⁹⁴ Resulta sumamente ilustrativo al efecto el Informe 6/2016, de 27 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en relación con “una multiplicidad de sucesivos contratos de mantenimiento preventivo y correctivo del parque de vehículos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de una determinada localidad” cuando sostiene que “es cierto que cada contrato puede ejecutarse por separado y, de hecho, así ha ocurrido, pero en este supuesto que se plantea también lo es que todos ellos tienen el mismo objeto (bien el mantenimiento preventivo, bien el correctivo de los vehículos), que todos ellos aluden a prestaciones similares y sucesivas y que, aunque en este último tipo de mantenimiento cada una de las averías en cuestión puedan ser calificadas como distintas en cada caso, lo cierto es que todas ellas constituyen, por razón de los precedentes argumentos, una unidad funcional a los efectos y en los términos descritos en la normativa vigente. Parece razonable pensar que es ciertamente previsible que se vaya a producir un número importante de actuaciones de igual naturaleza a lo largo del año. Siendo esto así, la lógica indica que es perfectamente posible agrupar en un solo contrato todas las sucesivas actuaciones a desarrollar en el parque móvil, no sólo por razón de su unidad funcional evidente, sino también por causa del incremento de eficacia administrativa que en todos los aspectos representa la existencia de un solo contrato frente a una multiplicidad de los mismos”.

Causa cierta extrañeza la fijación del legislador con prevenir la alteración y parcelación fraudulenta del objeto contractual⁹⁵. Como bien ha subrayado la doctrina, el tenor literal del precepto parece exigir una declaración de intención al contratante en relación con la cuestión, si bien el elemento defraudatorio, ya sea en la intención o en el resultado final, con ser importante, no resulta imprescindible para que se produzca un fraccionamiento ilegal⁹⁶. Lo esencial desde la perspectiva de la regulación de los contratos del sector público no debiera ser tanto el propósito con el que se pudiera alterar el objeto del contrato menor como evitar el fraccionamiento de aquello que no deba desgajarse⁹⁷. Más aún si tomamos en consideración el vuelco espectacular que dan en esta materia tanto la normativa comunitaria como la nueva LCSP al alentar ahora, en el marco de un apoyo decidido a la participación y acceso de las pymes a la contratación pública, la división de grandes contratos en lotes, a fin de aumentar así, en definitiva, la competencia. El considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, recalca al efecto que “esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las pymes, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las pymes o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos”.

Se trata de una decisión discrecional del poder adjudicador, a quien corresponde determinar de forma autónoma no solo la conveniencia de dividir el contrato en lotes, sino la propia magnitud y el contenido de cada uno de ellos. Pocas pautas da al respecto la LCSP, que, si bien prohíbe de un lado en su artículo 99.2 fraccionar un contrato “con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”, incidiendo, de nuevo, en la intencionalidad, alienta de otro, en el apartado siguiente del precepto, “la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes”, eso sí, “siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan”. La decisión final queda así en manos del órgano de contratación, que “podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”⁹⁸. La propia ley ejemplifica, no obstante, en la línea de lo argumentado por el considerando 78 antes citado, algunos motivos válidos “a efectos de justificar la no

⁹⁵ Que consistiría, como subraya ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 8, “en encubrir un único contrato de prestación única simulando varios contratos menores simultáneos o sucesivos”.

⁹⁶ “Nada más ingenuo”; a juicio de ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 3, que esta exigencia de justificación.

⁹⁷ Y, sin embargo, “la mayor parte de la doctrina y de los informes de las Juntas priman el elemento defraudatorio [...] sobre un fraccionamiento incorrecto”; como señala ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 3.

⁹⁸ Para ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., pp. 11 y ss., la LCSP invierte la regla del TRLCSP al imponer al órgano de contratación la obligación de justificar la no división en lotes. Alude, entre otros motivos para la no división, a razones de eficacia, eficiencia y coordinación, economías de escala y optimización de la ejecución global, que deberán ponderarse, necesariamente, con la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, con la libre competencia.

división en lotes del objeto del contrato”; en tal sentido, que la decisión de realizar de forma independiente las diversas prestaciones comprendidas en el objeto contractual conllevara el riesgo de restringir injustificadamente la competencia⁹⁹, dificultara su correcta ejecución desde el punto de vista técnico o pudiera amenazar con socavar la adecuada ejecución del contrato, a causa de la propia naturaleza de su objeto y de la exigencia ineludible de coordinar a los contratistas a cargo de los diversos lotes¹⁰⁰.

La forma concreta en que se motiva queda a criterio del órgano de contratación, “con tal de que se haga de modo suficiente”, sin que valgan, en definitiva, “motivaciones genéricas o estereotipadas”¹⁰¹. En esta misma línea se pronuncia taxativamente la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 62/2012, de 29 de febrero, cuando afirma que “la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas, STC 37/1982, de 16 de junio; SSTs de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo, 25 de mayo y 15 de junio de 1998, 19 de febrero y 5 de mayo de 1999, y 13 de enero de 2000)”.

Nos situamos, en suma, ante dos tipos de fraccionamiento del contrato público. De un lado, aquel legalmente exigido, en la medida que el órgano de contratación debe justificar, pese a tratarse de una decisión discrecional, su opción por no dividir en lotes. De otro, la segmentación ilegal del contrato, sobre la que el texto legal guarda, sin embargo, un silencio en verdad molesto para el intérprete y el operador jurídico¹⁰², en tanto en cuanto se limita a prohibir la partición a fin de disminuir la cuantía contractual y eludir con ello ciertos deberes de publicidad o requisitos para su adjudicación¹⁰³, imponiendo la emisión a estos efectos, en el caso concreto de los contratos menores, de un informe por parte del órgano de contratación para justificar

⁹⁹ Si bien el artículo 99.3 a) de la LCSP exige, a efectos de aplicar este criterio, informe previo de la autoridad de defensa de la competencia correspondiente que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

¹⁰⁰ En todo caso, conforme al apartado 4 del precepto, el órgano de contratación podrá limitar, siempre que lo justifique debidamente en el expediente, el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta o el de los que pueden serle adjudicados a cada uno de ellos.

¹⁰¹ Vid. CARBONERO GALLARDO, J.M., “Calificación de contratos y actos de trámite. Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de contratos del sector público 2017”, cit., p. 4.

¹⁰² VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 156, 2018, p. 2, pone el acento precisamente en la necesidad de “determinar correctamente el concepto de fraccionamiento del contrato”.

¹⁰³ La indebida utilización del contrato menor sin atender a sus limitaciones legales y/o fraccionando el objeto contractual para eludir su licitación en concurrencia ha desembocado en condenas penales por el delito de prevaricación tipificado en el artículo 404 del Código penal. Así, por ejemplo, en relación con el encadenamiento de contratos para asesoría jurídica, en la Sentencia 233/2017, de 6 de octubre, del Juzgado de lo Penal número 1 de Melilla. Sobre la fiscalización del contrato menor y los aspectos penales que plantea, vid. la interesante reflexión, así como la doctrina y jurisprudencia citada por GARCÍA HERNÁNDEZ, J., “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, *Revista de Derecho Local*, n. 44, 2016. Se refiere, asimismo, a las consecuencias penales derivadas de la adjudicación irregular de contratos del sector público, ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., “Delito de prevaricación administrativa. Adjudicación irregular de contratos”, *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 178, 2015, pp. 183 y ss.

precisamente que “no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales” que individualizan y flexibilizan a la contratación menor¹⁰⁴.

La ausencia de pautas concretas al respecto en el enunciado de la LCSP obliga a acudir, como se había venido haciendo hasta ahora al amparo del TRLCSP inmediatamente anterior, a la doctrina de órganos consultivos y fiscalizadores en materia de contratos del sector público a fin de extraer algunas reglas que puedan servir a modo de patrón proporcionando ciertos hitos o estándares que permitan marcar la divisoria en cuanto a la irregularidad del fraccionamiento contractual se refiere¹⁰⁵. Así, el Informe 69/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, subraya cómo “la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato”, por lo que no pretende “agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el *Diario Oficial de la Unión Europea*”. De ahí la inexistencia de cualquier “obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo”, siendo “perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente”. De esta forma, el primer requisito que debe concurrir para que pueda apreciarse fraccionamiento contractual ilícito es la unidad operativa, funcional o sustancial entre las diferentes prestaciones o partes de las prestaciones contractuales.

Ahora bien, ¿cómo se concreta ese concepto jurídico indeterminado en la práctica? ¿Cuándo cabe entender que existe una “unidad funcional” entre las partes a efectos de determinar ilegal el fraccionamiento? El Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, ha señalado cómo “cabe entender que existe ‘unidad funcional’ si las diferentes prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que sufra menoscabo o detrimento la consecución del fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato en razón de la función que van a cumplir

¹⁰⁴ Se refiere a la distinción entre fraccionamiento irregular y división en lotes, ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública”, cit., pp. 4 y ss., quien sintetiza la cuestión subrayando cómo “cuando se fracciona irregularmente el objeto del contrato, el resultado de la fracción arroja un objeto incompleto, que necesita de las otras fracciones restantes para poder ser ejecutado correctamente por una empresa”, frente a la división en lotes, que se caracteriza por que “cada lote comprende un objeto perfectamente ejecutable por empresas diferentes, sin existir por ello ningún problema a la hora de su ejecución”; y, en fin, cómo “con el fraccionamiento se elude un procedimiento de contratación más garantista, mientras que cuando se divide en lotes no se está eludiendo ningún procedimiento de licitación puesto que se acude al que corresponda, en atención al valor estimado de todos los lotes en su conjunto”.

¹⁰⁵ Resulta de sumo interés al efecto el documento elaborado por la Fundación FIASEP, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, 2013, en especial, pp. 72 y ss., relativas al fraccionamiento indebido o fraudulento. Se trata de un documento técnico elaborado por su Comisión Técnica de Auditoría Pública para homogeneizar la ejecución de los trabajos y el tratamiento y contenido de los informes de auditoría en el sector público. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, cit., se remite, asimismo, al “cuerpo jurisprudencial” elaborado en la materia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pese a que “no ha sido citado o utilizado con frecuencia en España”.

y no por su mayor o menor semejanza”¹⁰⁶. La Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, apunta, en fin, en su Informe 6/2018, de 12 de julio, “que pueden ser elementos de referencia para ello la nomenclatura CPV (*Common Procurement Vocabulary* – Vocabulario Común de Contratación Pública), sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación pública en la Unión Europea, el Código Normalizado de Productos y Servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), la Clasificación Central de Productos (CPC), la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), o el código genérico en el caso de los servicios sanitarios”.

Profundiza en esta doctrina, desde la perspectiva concreta del contrato menor, el Informe 1/2010, de 3 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, que, enfrentado al hecho de que “la cuantía sea el elemento determinante de la condición de contrato menor”, hace hincapié en la necesidad “de contar con un criterio que permita dilucidar en qué supuestos la contratación separada de prestaciones de la misma naturaleza pudiera tacharse de fraccionamiento fraudulento del objeto del que debiera haber sido un único contrato, para evitar superar el límite cuantitativo de la contratación menor, y, por el contrario, en qué supuestos tal fraccionamiento estará suficientemente justificado por la propia necesidad de que tales prestaciones sean atendidas mediante contratos distintos”. Y así, considerando conveniente “tener presente el concepto doctrinal de contrato como institución jurídica”, parte de sus elementos esenciales (sujeto, objeto y causa) para concluir “que existirá un único contrato cuando haya coincidencia en los tres citados elementos”, debiendo formalizarse contratos distintos “desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos”.

El Tribunal de Cuentas parte también de esta doctrina en sus Informes n. 1046, de 24 de julio de 2014, de fiscalización sobre las actuaciones realizadas por los ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y Sostenibilidad Local, creado por Real decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, y, en especial, n. 1151, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013. Del acervo de la voluminosa doctrina comprendida en los informes y dictámenes de órganos consultivos y fiscalizadores cabe derivar, en todo caso, ciertos indicadores de riesgo que permiten poner el foco sobre supuestos de fraccionamiento ilícito que cabría, en principio, presuponer, salvo prueba o justificación en contrario. Así, en relación con aquellos contratos de objeto idéntico, muy similar o complementario, adjudicados en la misma fecha o fechas muy cercanas, que den cobertura a una misma causa o necesidad pública, aun cuando su ejecución se realice en ubicaciones o espacios físicos diversos, o, en su caso, de manera muy palpable, con los orientados a satisfacer necesidades recurrentes, prestaciones necesarias, previsibles y periódicas.

¹⁰⁶ En tal sentido, para CANDELA TALAVERO, J.E., “El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor”, *Auditoria Pública*, n. 53, 2011, pp. 92 y ss., la unidad operativa o funcional pivota en torno a “si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato”.

Así lo subraya, por lo demás, el Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, al resaltar que “el fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato, como también llevando a cabo contrataciones menores sucesivas para cubrir necesidades recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato [...], siempre que estas contrataciones sucesivas supongan una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar”¹⁰⁷.

También el Informe 42/2017, de 2 de marzo de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, ha tenido ocasión de hacer hincapié en la utilidad de esta interpretación que permite apartarse del rigorismo excesivo para aceptar la posibilidad de sucesivos contratos menores a cargo de un mismo operador económico “cuando sus objetos sean cualitativamente distintos” o “cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico”. En definitiva, la división del contrato en lotes resulta adecuada para promover la transparencia y la libre concurrencia en la licitación de los contratos públicos, si bien se hace necesario acuñar técnicas y pautas legales que permitan identificar y extirpar las alas prácticas al efecto¹⁰⁸.

3.3 Adjudicación y perfección contractual

Una vez determinada la necesidad, el objeto y el presupuesto, en su caso, del contrato menor, procede su adjudicación. Conforme al artículo 131.3 de la LCSP, la flexibilidad en este sentido aparenta ser máxima, por cuanto “los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación”. Conviene recordar a estos efectos que el Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, fue taxativo al excluir la equiparación de “habilitación profesional” con “solvenia técnica o profesional” para identificarla, en cambio, con “un requisito de legalidad” dirigido a “evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Incluso cuando se hubiera podido exceder el límite temporal de 1 año, pero la conducta representara auténtico fraude de ley, como razona el Informe 22/2018, de 17 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

¹⁰⁸ En este sentido, VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, cit., p. 8, quien propone como “clave adecuada” la que denomina “técnica del triple control”, fundada en la “verificación de identidad en la función técnica-económica, territorial y temporal”.

¹⁰⁹ De esta forma la habilitación empresarial o profesional “hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de contratos del sector público habla de solvenia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvenia suficientes para la ejecución

En cualquier caso, ante la mención expresa pero exclusiva del artículo 131 a la capacidad de obrar del empresario y a la habilitación profesional que pudiera resultar necesaria en el caso concreto, ¿cabría interpretar que la propia naturaleza y finalidad del contrato menor, la eficacia y agilidad que persigue, suavizan de algún modo las condiciones de aptitud que establece con carácter general el artículo 65 de la LCSP para contratar con el sector público?¹¹⁰. Se trata de una duda lógica a la vista de los términos discordantes empleados por ambos preceptos, al guardar silencio el primero de ellos en relación con la contratación menor sobre los requisitos relativos a la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, y, en fin, la exigencia de no estar incurso en prohibición de contratar.

La cuestión fue abordada por el citado Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que sanciona, a la vista de la normativa entonces aplicable, que la rotundidad con que se regulan las condiciones de aptitud del contratista no puede ser desplazada por un precepto que no solo guarda silencio al efecto, sin pronunciarse de forma expresa sobre esa posible exclusión, sino que, además, tiene una finalidad diversa, ya que no pretende “establecer los requisitos que debe reunir el adjudicatario de los contratos menores, sino el hecho de que estos pueden adjudicarse directamente sin necesidad de observar los requisitos formales establecidos para los restantes procedimientos de adjudicación”. De esta forma sostiene que “la limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente más que la una y el otro”¹¹¹, aunque, “evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación, debe ser tenida en cuenta”¹¹².

del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal”.

¹¹⁰ Dispone este precepto de forma taxativa que “solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta ley, se encuentren debidamente clasificadas”. A ello se sumará, en su caso, la acreditación que pudiera corresponder “cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación”. En todo caso, los contratistas “deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

¹¹¹ A tal efecto sostiene la Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco, que habrá de justificarse que “el objeto social o actividad económica de la persona contratista [...] se corresponde con el del contrato”; debiendo aportar el adjudicatario “declaración responsable o referencia a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas”. Recomienda, por lo demás, que se recoja este control en una memoria final firmada por el órgano de contratación, o bien en el informe inicial “tras la verificación de ambos aspectos, con indicación de que el objeto social de la empresa o bien la actividad económica de la persona física contratista se corresponden con el objeto del contrato”.

¹¹² El tenor literal de este precepto encuentra reiteración entre los artículos reguladores de los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas. Y así, conforme al artículo 318 a) de la LCSP “los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”. Del mismo modo, en relación con los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, el artículo 321.2 a) de la ley dispone, de forma prácticamente idéntica, que “los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario

La contratación menor se encuentra presidida así, en definitiva, por el principio de simplificación, auténtico faro que ha de guiar la interpretación de los preceptos legales aplicables al efecto. En el empresario han de concurrir necesariamente los requisitos de aptitud del artículo 65 de la ley para erigirse en contratista del sector público aun cuando sea de un contrato menor, sin perjuicio de que la restricción procedimental que preside la adjudicación y ejecución de este tipo de contratos haya movido al legislador a optar por no imponer su acreditación, haciendo “primar la celeridad del procedimiento y su eficacia a las estrictas exigencias de seguridad jurídica que sí son propias de otros contratos de mayor trascendencia económica”¹¹³. No obstante, la potestad fiscalizadora, la prerrogativa de inspección que acompaña al sector público durante la preparación, adjudicación y posterior ejecución contractual permiten al órgano de contratación solicitar en cualquier momento al empresario, en caso de que sus condiciones de aptitud le planteen dudas, la exhibición de la documentación correspondiente¹¹⁴.

Llegados a este punto, se requiere, en fin, para la culminación del expediente de contratación, la aprobación del gasto, esto es, su fiscalización previa, y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir, como es natural, los requisitos que las normas de desarrollo de la LCSP establezcan al efecto¹¹⁵. Es cierto que la Ley de 2017 requiere en su artículo 118 tramitación adicional para la preparación del contrato menor, en comparación con la regulación dispuesta al respecto por el TRLCSP vigente hasta el momento. Pese a ello, no cabe ignorar el protagonismo indudable que aun corresponde a la factura como elemento esencial del expediente del contrato menor¹¹⁶ y, aunque el precepto es claro al respecto, no cabe duda que resultaría beneficiosa la solicitud de ofertas con transparencia e igualdad de trato entre potenciales adjudicatarios.

Resultan claves al efecto los desarrollos autonómicos y locales que han impuesto, incluso por debajo del umbral señalado al efecto para los contratos menores en el artículo 118 de la LCSP, la solicitud de varias ofertas, buscando así, en última instancia,

con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”.

¹¹³ ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, cit., p. 12.

¹¹⁴ Así lo sostiene ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, cit., p. 13, para quien “no es recomendable que esta posibilidad se convierta en la forma general de actuación del órgano de contratación, pues tal cosa alteraría la propia configuración jurídica del contrato menor”. Sobre el debate en torno a la acreditación documental de los requisitos de aptitud para contratar en relación con la contratación menor resulta interesante la posición de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias en sus Informes 6/2009, de 30 de julio, y 1/2015, de 19 de marzo. *Vid.* al respecto ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., pp. 6 y ss.

¹¹⁵ Sostiene ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del sector público de 8 de noviembre de 2017”, cit., p. 7, que el órgano de contratación podría exigir otros trámites adicionales, siempre que no vulnere la simplificación propia del contrato menor.

¹¹⁶ Se trata, sin duda, en la línea de lo dispuesto por el artículo 210 de la LCSP, del documento que acredita el cumplimiento de lo contratado, su alcance, y la recepción de la prestación, además del que certifica su precio o importe final. Debe recordarse, en todo caso, que conforme al artículo 72 del Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, “en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente”, que deberá contar, en todo caso, con “la conformidad del servicio competente con la prestación recibida”.

la selección de la más ventajosa y la motivación de la adjudicación final en íntima conexión con el principio de eficiencia¹¹⁷. Se trata, en suma, de dar con un equilibrio adecuado¹¹⁸ –difícil, para qué negarlo, pero no imposible– entre los principios de transparencia, competencia e igualdad de licitadores, que habrían de actuar en detrimento de la opacidad y de las corruptelas instauradas en relación con esta forma de contratar, y la propia agilidad de la contratación menor, cuya ligereza no debiera entorpecerse ni burocratizarse en exceso, puesto que sus ventajas para la satisfacción de necesidades públicas inmediatas de escasa cuantía resultan palmarias¹¹⁹. Así se desprende de la propia filosofía inspiradora de la nueva ley, claramente favorable a una minoración del peso relativo de la contratación menor en nuestro sector público a pesar de los vaivenes experimentados por el artículo 118 desde su aprobación.

En todo caso, la LCSP mantiene tres supuestos especiales de contratos menores cuya tramitación simplifica todavía más respecto de lo dispuesto en su artículo 118. De un lado, los previstos en el artículo 131.4 de la ley, relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, a los que no se aplican las disposiciones legales relativas a la preparación y adjudicación del contrato, bastando con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, fijándose el precio a satisfacer por la asistencia y designando el órgano de contratación a la empresa a la que corresponderá la ejecución¹²⁰.

De otro, los contemplados por el artículo 310 para “la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas”. Son supuestos que quedan también al margen de las disposiciones de la ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato, bastando la designación o nombramiento por autoridad competente para acreditar la existencia del contrato¹²¹.

Y, en última instancia, los celebrados al amparo de la disposición adicional novena de la ley para la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su

¹¹⁷ *Vid.* al respecto, sobre la solicitud de ofertas o la elección motivada de la oferta más ventajosa para el contrato menor, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de contratos del sector público”, cit., en relación con las experiencias y documentación autonómica allí citadas.

¹¹⁸ A ello se refiere también MUÑOZ PEDRAZ, A.M., “Sobre la trascendencia del Real decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, en materia de contratos menores ¿practicidad u opacidad?”, *Actualidad Administrativa*, n. 6, 2020, p. 2, quien refiere “una suerte de lucha de equilibrios” en el contrato menor, persiguiéndose “un balance entre la evidente necesidad de suscribir aquellos y el cierto obscurantismo que los rodea”.

¹¹⁹ Y así, junto al procedimiento abierto simplificado que recoge el artículo 159 de la LCSP, que admite, además, en ocasiones, un procedimiento simplificado aún más abreviado, se establece para la contratación menor un procedimiento de adjudicación directa que, en ocasiones, para ciertas cuantías, las Comunidades Autónomas y entidades locales han venido a completar, al exigir en su regulación propia la solicitud de varias ofertas o la cumplimentación de trámites específicos para su adjudicación, por ejemplo, la propia motivación de la propuesta de adjudicación, dando lugar así a una modalidad propia que cabría tildar de adjudicación directa simplificada. VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, cit., pp. 38 y ss., alerta sobre la “mayor complejidad” que ello podría suponer para los contratistas, “que se ven sometidos a requisitos diferentes en función de la Administración con la que se relacionen”.

¹²⁰ Disposición adicional 24ª del anterior TRLCSP.

¹²¹ Artículo 304 del anterior TRLCSP.

soporte, así como para el acceso a la información contenida en bases de datos especializadas y, en la medida en que resulten imprescindibles, los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, siempre que su cuantía sea inferior al umbral establecido para su sujeción a regulación armonizada, que podrán efectuarse conforme a lo dispuesto para los contratos menores “y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago”¹²².

Por lo demás, el artículo 36 de la LCSP anuda, con carácter general, la perfección de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores a su formalización¹²³. Quedan exceptuados, no obstante, de la vigencia de esta regla los contratos menores, los basados en un acuerdo marco y los específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Son contratos que por su propia singularidad se perfeccionan al momento de su adjudicación. No en vano, por lo que se refiere a los contratos menores, definidos en el artículo 118 de la LCSP, se distinguen por un expediente de contratación sumamente simplificado, que tan solo exige, con carácter general, el informe del órgano de contratación que motive la necesidad del contrato y el no fraccionamiento de su objeto, así como la aprobación del gasto y, en fin, la incorporación de la factura correspondiente.

Conforme al artículo 153.2 de la ley, los documentos a los que se refiere aquel precepto alcanzarán para acreditar su existencia y cumplir con el carácter formal y la práctica generalización de la forma escrita que sanciona para la contratación del sector público el artículo 37.1 de la ley, sin necesidad de formalización expresa¹²⁴.

Regap



ESTUDIOS

¹²² A tal efecto la disposición adicional 9ª de la LCSP dispone, apartado primero *in fine*, siguiendo, a tal efecto, la pauta de su antecesora en el TRLCSP, que “el abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado”. Es más, su apartado segundo extiende a las entidades del sector público contratantes la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, cuando este tipo de contratos se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. No en vano, se trata de acuerdos contractuales siempre problemáticos por la propia presión de las editoriales, en especial las extranjeras, como bien subraya GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Los contratos menores en la Nueva Ley de contratos del sector público”, *Blog Global Politics and Law. Un sitio de política y Derecho*, 20 de noviembre de 2017, lo que hace que en muchas ocasiones se trate de meros contratos de adhesión por parte de las administraciones públicas contratantes. RIERA LÓPEZ, M., “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, cit., pp. 61 y ss., reflexiona sobre cómo el afán de facilitar y agilizar el procedimiento de contratación del sector público ha allanado el camino no solo hacia un posible fraccionamiento sino también al uso desmesurado de la figura del contrato menor, analizando, en particular, el caso singular de la suscripción a revistas y otras publicaciones.

¹²³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, 2011, p. 341, se pregunta a qué obedece la ficción del cambio “meramente terminológico” relativo al momento perfectivo del contrato sancionado por el ordenamiento jurídico español, dado que en la práctica se impone, en su opinión, a la vista de la regulación de la cuestión por la legislación entonces vigente en materia de contratación pública, ahora en buena medida reproducida de forma pacífica por la nueva LCSP, “la evidencia de su real nacimiento con la adjudicación, que sigue siendo lo decisivo y en lo que se concentran las medidas de control”, dado que nada puede cambiar la formalización “de lo ya decidido, de lo ya completamente determinado por la adjudicación”.

¹²⁴ RÍOS MARTÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de cuarta generación*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 273 y ss., se ha mostrado crítica con el mantenimiento del *statu quo* anterior respecto a los contratos menores, “sin hacer distinción en cuanto a su utilización, por lo que de igual manera se puede acudir a esta figura en un municipio de pequeña población, con la repercusión que ese gasto tendrá en las partidas presupuestarias o en un ministerio”.

3.4 Transparencia y publicidad en la contratación menor

La LCSP ha traído consigo nuevas obligaciones en materia de transparencia desde la perspectiva de la contratación menor. Y así, zanja los interrogantes planteados al albur de la imprecisión y escasa calidad técnica del enunciado del artículo 8.1 a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que tras disponer que todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I de la ley¹²⁵ deben hacer pública, como mínimo, la información relativa a “todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato”, sanciona, de forma ciertamente críptica, que la publicación de la relativa a los contratos menores “podrá realizarse” trimestralmente, abriendo en consecuencia interrogantes acerca del carácter preceptivo o meramente potestativo de la citada publicación en relación con la contratación menor.

En efecto, ¿debe entenderse que ese “podrá” se refiere a la posibilidad de optar o no por la publicación? ¿O impone, quizá, la publicación permitiendo el empleo potestativo de plazos diversos al trimestral que establece como garantía mínima? Las dudas planteadas motivaron, en su momento, la publicación de una nota informativa del Ministerio de la Presidencia sobre la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la publicidad de los contratos menores, en la que se advertía de forma expresa que “las obligaciones con respecto a la publicidad de los contratos públicos que emanan de la legislación sobre transparencia son complementarias y, en el caso de los contratos menores, más amplias que las que establece la legislación sobre contratación pública”.

Conviene recordar, en todo caso, que el contrato menor se perfecciona al momento de su adjudicación, razón por la que tanto el artículo 118.6 de la ley, al referirse a la publicación del contrato menor, como el 154.5, relativo al anuncio de su formalización, se remiten al unísono al artículo 63.4 de la ley, que dispone la publicación de la información relativa a los contratos menores como mínimo de forma trimestral en el perfil de contratante con carácter preceptivo¹²⁶, destacando, a tal efecto, el “deberá” que sanciona rotundamente el precepto frente al “podrá” que establece el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Su enunciado dispone, a este respecto, que “la información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario”.

¹²⁵ Esto es, no solo las administraciones públicas a los efectos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sino todo el ámbito subjetivo enunciado por su artículo 2.1.

¹²⁶ Sobre la tramitación del actual artículo 63 de la LCSP y la atención que recibió en el Congreso de los Diputados, *vid.* LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. y ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, *cit.*, pp. 6 y ss. En concreto, sobre la valoración del momento en que se entiende que un contrato menor existe y, por lo tanto, comienza a contar el trimestre establecido para darle publicidad, *vid.* VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, *cit.*, p. 6, así como la doctrina administrativa allí citada.

Facilita así el cómputo y la valoración de la cuantía contratada con cada adjudicatario particular¹²⁷.

Se trata, con carácter general, de la información que habrá que comunicar también, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos¹²⁸, al Registro de Contratos del Sector Público a tenor de lo dispuesto por el artículo 346.3 de la LCSP¹²⁹. Un mecanismo de publicidad o transparencia relativa, en cuanto el acceso a sus datos está abierto a los órganos de las administraciones públicas que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, encontrándose tan solo parcialmente disponible para el público, que únicamente podrá acceder a datos que no tengan el carácter de confidenciales, con las limitaciones que impongan al efecto las normas sobre protección de datos de carácter personal, siempre que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de internet. Su mantenimiento está previsto, fundamentalmente, para facilitar el control de la contratación pública en España. Y así, el Gobierno elevará anualmente un informe sobre la materia a las Cortes Generales, a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro. Informe que habrá de ponerse en conocimiento, asimismo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹³⁰.

El control de la contratación pública se encuentra también detrás de la remisión de contratos que sanciona el artículo 335 de la LCSP al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma correspondiente. Se trata de facilitar el ejercicio de una función fiscalizadora externa y *a posteriori*, de forma que, por lo que se refiere a los contratos menores, el enunciado del precepto impone la remisión de una relación de los contratos menores celebrados, dentro de los tres meses siguientes a su formalización, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. La relación, ordenada por adjudicatario, podrá realizarse directamente por vía electrónica desde la plataforma de contratación donde tenga ubicado su perfil de contratante el órgano de contratación correspondiente¹³¹.

En suma, dejan de considerarse absolutamente opuestos o enfrentados los términos “contrato menor”, “publicidad” y “transparencia”, si bien conviene llamar la atención sobre una práctica ciertamente opaca, abierta precisamente por su escasa claridad a abusos y corruptelas de diversa tipología, que lejos de embridarse se ha consolidado en el enunciado de la nueva LCSP¹³². Me refiero, en concreto, a la exoneración

¹²⁷ Facilitando, en un primer momento, el control de que no se sobrepasaran las cuantías definidas por el legislador en el enunciado original del artículo 118 de la LCSP.

¹²⁸ En la forma que determine el ministro de Hacienda y Función Pública.

¹²⁹ Debe tomarse en consideración que, conforme al apartado 6 del precepto, si la Administración pública correspondiente dispone de Registro de Contratos análogo en su ámbito de competencias, la comunicación y el intercambio de datos podrá efectuarse entre los respectivos registros de contratos.

¹³⁰ Recae sobre el Ministerio de Hacienda y Función Pública, conforme al artículo 346.8 de la LCSP, la obligación de hacerse cargo de esta puesta en conocimiento tras la elevación del informe por el Gobierno a las Cortes Generales.

¹³¹ Habrán de comunicarse asimismo las posibles variaciones de plazos, de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados, sin perjuicio, en todo caso, de las facultades de estos órganos de fiscalización externos para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estimen pertinentes en relación con los contratos de cualquier naturaleza y cuantía que se hubieran celebrado.

¹³² En este sentido, sobre el papel cualificado que corresponde a la publicidad como freno a la corrupción y garante de la competencia y eficiencia económica en relación, en particular, con el contrato menor, *vid.* DURÁN RUIZ DE EGUILAZ, H., “La falta

de prácticamente cualquier requerimiento formal de transparencia o de control de aquellos contratos menores cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores¹³³.

Son contratos de escasa cuantía, adjudicados de forma directa y perfeccionados con la mera selección del contratista adjudicatario por el órgano de contratación, sin necesidad ni tradición práctica de recabar, por otra parte, varias ofertas, en consonancia con la propia flexibilidad atinente a los pagos satisfechos mediante el sistema de anticipos de caja fija. Entiende por tal el artículo 78.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, “las provisiones de fondos de carácter extra-presupuestario y permanente que se realicen a pagadurías, cajas y habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos”. Desarrolla este concepto el artículo 1 del Real decreto 725/1989, de 16 de junio, que regula los anticipos de caja fija, relacionando, a título meramente ejemplificativo, “los referentes a dietas, gastos de locomoción, material no inventariable, conservación, tracto sucesivo y otros de similares características”, que no tendrán la consideración, en cualquier caso, de pagos a justificar.

Pues bien, los contratos de valor estimado inferior a 5.000 euros satisfechos a través de este sistema o de cualquier otro similar para realizar pagos menores quedan exceptuados de la publicación en el perfil de contratante, conforme al artículo 63.4, sin que deban comunicarse sus datos básicos al Registro de Contratos del Sector Público, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 34.6.3¹³⁴, ni su relación al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma, en virtud del artículo 335.1.

A ello se suman, por lo demás, la excepción que sanciona el artículo 151 c) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, al eximir de fiscalización previa por parte de la función interventora a “los gastos menores de 5.000 euros cuyo pago se realice mediante el procedimiento especial de anticipo de caja fija”, y la previsión del artículo 4.1 *in fine* de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público, que permite a las Administraciones públicas excluir reglamentariamente de la obligación

de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el contrato menor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía”, *Altheia. Cuadernos Críticos del Derecho*, n. 2, 2016, pp. 59 y ss., así como la doctrina allí citada.

¹³³ Para GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Los contratos menores en la Nueva Ley de contratos del sector público”, cit., no cabe duda que el gran problema a atajar es el abuso de los anticipos de caja fija, contratos que “no tienen el más mínimo respaldo documental, más allá de la factura de haber realizado la prestación, ya sea de adquisición de bienes o de servicios o de suministros. La forma en la que se pagan con un relleno casi automático de cuantías hace que sea muy complicado de controlar y que se pueda eludir a través suyo la normativa contable, presupuestaria y de contratación”.

¹³⁴ Que sí exige, no obstante, para el supuesto de contratos inferiores a 5.000 euros cuyo sistema de pago fuera diverso, la comunicación de órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final. Curiosamente este es el único precepto relativo a estos contratos, de precio inferior a 5.000 euros, que se refiere de forma explícita al impuesto sobre el valor añadido para entenderlo incluido, en todo caso, en el importe citado.

de su uso y presentación a través del punto general de entrada que corresponda, a aquellas facturas cuyo importe sea de hasta 5.000 euros.

En su redacción original la LCSP exceptuaba de la regulación de los contratos menores a los gastos pagados a través del sistema de anticipo de caja fija, si bien únicamente en relación con su publicidad, no así con el resto de trámites y requisitos exigidos para su tramitación¹³⁵, sancionando con ello una distinción capital en la tramitación de los contratos menores en función de la forma de realizar el pago. De esta forma, el mismo contrato menor tenía trámites diversos según fuera pagado por la tesorería del ente público o mediante anticipo de caja fija. La reforma de la LCSP efectuada por el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, da respuesta a la problemática planteada por esta vinculación de trámites contractuales y forma de pago, modificando el artículo 118.5 de la ley para puntualizar ahora de forma expresa que los contratos cuyo valor estimado no exceda de 5.000 euros y sean pagados “a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores” no requieren de informe justificativo previo, alcanzando, por tanto, tan solo con la aprobación del gasto y posterior incorporación al expediente de la factura.

La contratación menor demuestra con ello su fuerza y resistencia en nuestro ordenamiento jurídico, pese al debate y a las reiteradas críticas ocasionadas por su empleo –sumamente extendido– entre nuestro sector público. Cabe destacar, a estos efectos, la posición abiertamente contraria a su mantenimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia toda vez que “(i) no viene exigida por la directiva; (ii) constituye una práctica completamente contraria a los principios inspiradores de la contratación pública como la concurrencia, no discriminación o igualdad de acceso que debería ser, a lo sumo, excepcional; (iii) existe constancia y abundante crítica doctrinal y de los órganos de control externo acerca del abuso de la figura del contrato menor. Debe recordarse que el principio de libre concurrencia resulta de obligado cumplimiento para todo contrato y existen otros mecanismos más garantes de la libre concurrencia y la regulación económica eficiente. Por todo ello, la CNMC recomendó su supresión y su tramitación como procedimientos abiertos simplificados”¹³⁶.

No queda sino confiar en que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, creada por el artículo 332 de la LCSP “con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública”, detecte y ponga de manifiesto, en el ejercicio de sus funciones, “incumplimientos específicos o problemas sistémicos”, promoviendo “la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas”, a la vez que verifica, también desde la perspectiva particular de los contratos menores, que “se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones

¹³⁵ Vid. al respecto, PALACIOS ALBARSANZ, L.M., “Los contratos menores de importe inferior a cinco mil euros y su tramitación presupuestaria”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 6, 2020, pp. 5 y ss., para quien el sistema regulado era, en muchas ocasiones, “inoperativo y de difícil cumplimiento dado el tipo de gastos que, generalmente, se abonaban mediante anticipo de caja fija”. El autor se refiere a la posibilidad que permite a las entidades locales regular en sus propias bases de ejecución del presupuesto un sistema para realizar pagos menores, dando noticia del procedimiento especial de ejecución de gastos de importe inferior a 5.000 euros aprobado por el Ayuntamiento de Segovia.

¹³⁶ Vid., en concreto, el estudio de la Comisión E/CNMC/004/18, *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, de 7 de febrero de 2019, p. 12, reiterando la posición que había mantenido en su informe anterior IPN/CNMC/010/15.

y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación”.

4 Reflexión final

A la luz de cuanto antecede, cabe afirmar que la reforma efectuada por la LCSP en la materia que nos ocupa ha procurado implementar una regulación más restrictiva y exigente, con la finalidad de hacer del contrato menor un procedimiento casi excepcional, para atender necesidades puntuales y esporádicas, urgentes y perfectamente definidas¹³⁷. Las limitaciones impuestas por el artículo 118 de la ley no resultan aplicables, sin embargo, a las obras, servicios y suministros contratados directamente a través de un servicio de compras centralizadas por una cuantía inferior a las especificadas en este último precepto, sea de ámbito estatal, como especifica el propio artículo, sea de otro ámbito, por analogía; de ahí que se trate, en suma, de una alternativa a explorar.

No en vano, cabe extraer una conclusión clara e indiscutible de la reforma en materia de contratación menor, y es que las distintas unidades del sector público deben planificar adecuadamente aquellas necesidades con que cuenten y que quepa considerar, a todas luces, predecibles, esto es, que resulten previsibles, independientemente de que sean concretas y específicas para un momento temporal en particular o, aquí está la gran innovación, periódicas y recurrentes¹³⁸. Solo así podrán reducir al mínimo de forma racional y eficiente el número de contratos menores que celebren.

Incide en ello el artículo 28.4 de la LCSP, que, si bien limita la publicidad correspondiente a la planificación de aquellos contratos sujetos a regulación armonizada, dispone de forma expresa que “las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”.

Y es que no se trata tanto de extirpar y eliminar la contratación menor de la práctica y de la actuación del sector público como de reconducirla a unos cauces más adecuados¹³⁹. En realidad, la problemática inherente a su empleo tiene más que ver con su mal uso, sin duda repetitivo y abusivo, que con la figura en sí, sin que ello alcance a ocultar las evidentes ventajas que corresponden al contrato menor desde otras perspectivas. Así, entre otras, permite que la contratación pública se abra a todos aquellos

¹³⁷ Responde, en definitiva, a la convicción expresada antes de la aprobación de la LCSP, entre otros, por VELÁZQUEZ NAVARRERE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, cit., p. 399, para quien “habiéndose constatado que la contratación menor es campo abonado para prácticas irregulares [...], el legislador debe cuestionarse hoy su propia existencia, comprometida por el espíritu de las normas europeas”.

¹³⁸ Así lo subraya VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, cit., pp. 6 y ss., para quien la nueva LCSP implica un cambio radical en relación con la actividad contractual del sector público con importantes consecuencias entre las que destaca, significativamente, la “exigencia de planificación”.

¹³⁹ Caudes que habrá que clarificar y endurecer, en opinión de MUÑOZ PEDRAZ, A.M., “Sobre la trascendencia del Real decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, en materia de contratos menores ¿practicidad u opacidad?”, cit., p. 4, que se muestra contraria a la eliminación del límite cuantitativo en la contratación con un mismo licitador efectuada por el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

pequeños proveedores que no están preparados para afrontar los retos que plantea y exige la nueva tramitación electrónica impuesta por la LCSP; sirve al adecuado funcionamiento de la Administración y a la satisfacción de intereses públicos que exige una respuesta inmediata en el quehacer diario de la Administración; y puede servir para fomentar la participación de autónomos y micropymes locales en la contratación con la Administración local¹⁴⁰.

La nueva ley ofrece, en tal sentido, mecanismos diversos para atender a aquellas exigencias corrientes que pudieran presentarse de forma habitual y constante al órgano de contratación. Son sistemas concebidos y regulados para la racionalización de la contratación pública¹⁴¹. Cabe citar, entre ellos, los acuerdos marco¹⁴², los sistemas dinámicos de contratación¹⁴³, las centrales de contratación¹⁴⁴ y los contratos de suministros o servicios en que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto contractual se defina con exactitud al momento de su celebración, por estar subordinado a las necesidades cotidianas y cambiantes de la Administración¹⁴⁵, por no hablar, en fin, de las posibilidades que plantea el uso del procedimiento abierto simplificado y, especialmente, del abreviado o sumario.

Corresponderá, en fin, a cada entidad concreta del sector público analizar el punto de partida en que se encuentra, planificar el gasto público que deba realizar en materia de contratación pública y programar, en consecuencia, sus procedimientos de licitación en función de las necesidades reales y previsibles con las que cuenta, buscando

¹⁴⁰ Así, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público", cit., pp. 75 y ss., para quien "el contrato menor sigue siendo un 'contrato necesario'. Prescindir de su utilización se antoja complicado".

¹⁴¹ Incide TERRÓN SANTOS, D., "La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores", cit., en la dificultad, si bien de carácter temporal, que supone, especialmente para la Administración local, el retraso en la plena implantación y desarrollo de herramientas electrónicas de contratación pública, "cuya ausencia en determinados entes –los de carácter local, sobre todo– es, por el momento, el gran valedor del contrato menor". Sobre el impulso a la contratación electrónica en la LCSP *vid.*, con mayor profundidad, CASARES MARCOS, A., "Retos y oportunidades derivados de la implantación de la contratación pública electrónica", *Revista CEFLegal*, n. 218, 2019, pp. 81 y ss.; y, más reciente, "La apuesta por la contratación pública electrónica", Quintana López, T. (dir.); Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords.), *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 443 y ss.

¹⁴² Regulados en los artículos 219 a 222 de la LCSP. Conforme al artículo 219.1, "uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada".

¹⁴³ Regulados en los artículos 223 a 226 de la LCSP. Conforme al artículo 223.1, "los órganos de contratación podrán articular sistemas dinámicos de adquisición de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada".

¹⁴⁴ Reguladas en los artículos 227 a 230 de la LCSP. Conforme al artículo 227.1, "las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados". Se trata, en suma, de instrumentalizar la adquisición de bienes o servicios para el sector público a través de sistemas centralizados.

¹⁴⁵ Regulados en los artículos 16.3 a) y 17, así como disposición adicional 33ª de la LCSP. En estos supuestos, que no podrán alcanzar, en todo caso, a los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, se aprueba un presupuesto máximo, si bien queda sin definir con exactitud la cuantía total al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades reales del adquirente.

optimizar, en todo caso, la eficiencia y racionalidad de cada uno de los expedientes de contratación que tramite.

Bibliografía

- ARENAS ALEGRÍA, C.C., “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017”, *La Administración al Día*, 19 de febrero de 2019. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/>.
- AYMERICH CANO, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015.
- BATET, M.P., “El retorno de Chucki”, *La parte contratante*, 7 de marzo de 2019. Disponible en: <https://lapartecontratante.blog/2019/03/07/el-retorno-de-chucki-por-m-p-batet/>.
- BERROCAL HERNÁNDEZ, A. y FERNÁNDEZ MONTERO, P., “La Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre el contrato menor: Lectura [muy] crítica”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 11, 2019.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Madrid, 2018.
- CAMPOS, C., “Crónica de una muerte anunciada la racionalización del contrato menor”, *masqleyes: hablando de leyes que no hacen milagros*, 5 de febrero de 2020. Disponible en: <http://concepcioncampos.org/cronica-de-una-muerte-anunciada-la-racionalizacion-del-contrato-menor/>.
- CANDELA TALAVERO, J.E., “El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor”, *Auditoría Pública*, n. 53, 2011.
- CARBONERO GALLARDO, J.M., “Calificación de contratos y actos de trámite. Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de Contratos del Sector Público 2017”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, de 1 de mayo de 2020.
- CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10, 2018.
- CASARES MARCOS, A., “Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, Martínez Fernández, J.M. y Bocos Redondo, P. (coords.), *Contratación del Sector Público Local*, T. I, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- CASARES MARCOS, A., “Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución”, García Romero, M.B. y Pardo López, M.M. (dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson Reuters, Madrid, 2018.

- CASARES MARCOS, A., “Retos y oportunidades derivados de la implantación de la contratación pública electrónica”, *Revista CEFLegal*, n. 218, 2019.
- CASARES MARCOS, A., “La apuesta por la contratación pública electrónica”, Quintana López, T. (dir.); Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords.), *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE SOLAS RAFECAS, J.M., “El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada y el de la libertad de pactos en la Administración”, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003.
- DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, *Gabilex*, n. 12, 2017.
- DÍEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/>.
- DRAGOS, D.C., “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, Bovis, C.H. (ed.), *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016.
- DURÁN RUIZ DE EGUILAZ, H., “La falta de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el contrato menor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía”, *Altheia. Cuadernos Críticos del Derecho*, n. 2, 2016.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., “Delito de prevaricación administrativa. Adjudicación irregular de contratos”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 178, 2015.
- FIASEP, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “Artículo 22”, *Contratación del Sector Público Local*, T. I, La Ley y El Consultor, Madrid, 2008.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, J., “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, *Revista de Derecho Local*, n. 44, 2016.
- GIMENO FELIÚ, 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 de Estudios de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J.M. y MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OREISCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como>.

Regap



ESTUDIOS

- GONZÁLEZ, J., “Nuevo cambio en la LCSP: los contratos menores para la ciencia”, *Global Politics and Law*, 12 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2019/02/11/nuevo-cambio-en-la-lcsp-los-contratos-menores-para-la-ciencia/>.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Los contratos menores en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Blog Global Politics and Law. Un sitio de política y Derecho*, 20 de noviembre de 2017.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Las instrucciones de la oficina ‘independiente’ de regulación y supervisión de la contratación”, *Hay Derecho*, 7 de marzo de 2019. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/07/las-instrucciones-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion/>.
- LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F.A. y ALBÓNIGA ITURBE, J.M., “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 3, 2018.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “El cerco a los contratos menores”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 194, 2016.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 20, 2017.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, 2018.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»”, *Revista de Administración Pública*, n. 185, 2011.
- MORENO IBÁÑEZ, I., “Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, 2018.
- MORENO MOLINA, J.A., “Compras de menor cuantía y sistemas dinámicos de adquisición”, *Contratos del Sector Público: escenario 2020*, n. II, de 1 de mayo de 2020.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012.
- MUÑOZ PEDRAZ, A.M., “Sobre la trascendencia del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, en materia de contratos menores ¿practicidad u opacidad?”, *Actualidad Administrativa*, n. 6, 2020.
- NEVADO-BATALLA MORENO, P.T., “Algunas reflexiones sobre formación y control de las decisiones públicas”, *La Administración al día. Estudios y comentarios*, INAP, Madrid, edición de 20 de julio de 2017.
- ORQUÍN SERRANO, J., “Adiós a los límites de la contratación menor”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 4, abril 2020.
- ORQUÍN SERRANO, J.J., “Contrato menor y eficiencia en la contratación pública. Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores”, *Contratos del sector público: escenario 2020*, n. II, de 1 de mayo de 2020.

- PALACIOS ALBARSANZ, L.M., “Los contratos menores de importe inferior a cinco mil euros y su tramitación presupuestaria”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 6, 2020.
- PINTOS SANTIAGO, J. (dir.), *Todo sobre el contrato menor*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2020.
- PLEITE GUADAMILLAS, F., “Un contrato no tan menor”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2018.
- RIERA LÓPEZ, M., “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, *Auditoría Pública*, n. 61, 2013.
- RÍOS MARTÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de cuarta generación*, Atelier, Barcelona, 2016.
- TERRÓN SANTOS, D., “La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 196, 2019.
- VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., “La problemática del contrato menor”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 159, 2019.
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 156, 2018.
- VELÁZQUEZ NAVARRETE, P., “La excepcionalidad de la contratación menor”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 93, 2015.
- VILLANUEVA CUEVAS, A., “¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?”, *Gabilex*, n. extraordinario, vol. I, 2019.

Regap



ESTUDIOS

Retos legais do uso do *big data* na selección de suxeitos a investigar pola Inspección de Traballo e da Seguridade Social

Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

Legal challenges of the use of big data in the selection of subjects to be investigated by the Labour and Social Security Inspectorate



ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Orcid 0000-0001-7538-4764

adrian.todoli@uv.es

Recibido: 19/05/2020 | Aceptado: 03/07/2020

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4354>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Planear axeitadamente unha estratexia de inspeccións é clave para detectar a fraude *a posteriori*, así como para proactivamente previr que existan incumprimentos da norma. Entre as fórmulas tradicionais para seleccionar os suxeitos obxecto dunha inspección introduciuse recentemente o uso do *big data* e os algoritmos. Esta tecnoloxía promete mellorar os “acertos” á hora de seleccionar que empresas se van investigar por posibles ilícitos ou fraudes. Non obstante, isto pode presentar problemas xurídicos respecto á protección dos datos usados pola Administración e tamén na aplicación do principio de igualdade e non discriminación na selección de obxectivos da Inspección. Habitualmente, as normas para evitar vulneración de dereitos fundamentais dos cidadáns exixen transparencia da Administración, a chamada “transparencia algorítmica”. Non obstante, como se discute neste traballo, a dita transparencia podería frustrar os obxectivos perseguidos no uso da ferramenta. Neste artigo analízase, por unha banda, o uso do *big data* na planificación estratéxica de campañas de inspección e, por outra, os retos legais que iso representa, con especial recoñecemento dos principios aplicables e a incipiente doutrina xudicial en países dos nosos arredores.

Palabras clave: Algoritmos e Administración pública, *big data*, selección de suxeitos a investigar, transparencia algorítmica, IA e Administración pública, Inspección de Traballo e Seguridade Social.

Resumen: Planear adecuadamente una estrategia de inspecciones es clave para detectar el fraude a posteriori, así como para proactivamente prevenir que existan incumplimientos de la norma. Entre las fórmulas tradicionales para seleccionar los sujetos objeto de una inspección se ha introducido recientemente el uso del *big data* y los algoritmos. Esta tecnología promete mejorar los “aciertos” a la hora de seleccionar qué empresas se van a investigar por posibles ilícitos o fraudes. No obstante, esto puede plantear problemas jurídicos respecto a la protección de los datos usados por la Administración y también en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la selección de objetivos de la Inspección.

Habitualmente, las normas para evitar vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos exigen transparencia de la Administración, la llamada “transparencia algorítmica”. Sin embargo, como se discute en este trabajo, dicha transparencia podría frustrar los objetivos perseguidos en el uso de la herramienta. En este artículo se analiza, de un lado, el uso del *big data* en la planificación estratégica de campañas de inspección y, de otro, los retos legales que ello representa, con especial reconocimiento de los principios aplicables y la incipiente doctrina judicial en países de nuestro entorno.

Palabras clave: Algoritmos y Administración pública, *big data*, selección de sujetos a investigar, transparencia algorítmica, IA y Administración pública, Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Abstract: Properly planning an inspection strategy is key to detecting fraud *a posteriori*, as well as proactively preventing non-compliance with the standard. Among the traditional formulas for selecting the subjects to be inspected, the use of *big data* and algorithms has recently been introduced. This technology promises to improve the “hits” when selecting which companies to investigate for possible crimes or fraud. However, this may raise legal problems regarding the protection of the data used by the Administration and also in the application of the principle of equality and non-discrimination in the selection of objectives of the Inspection. Usually, the rules to avoid violation of Fundamental Rights of citizens require transparency from the Administration, the so-called “algorithmic transparency”. However, as discussed in this work, such transparency could frustrate the objectives pursued in the use of the tool. This work analyzes, on the one hand, the use of big data in the strategic planning of inspection campaigns and, on the other, the legal challenges that this represents, with special recognition of the applicable principles and the incipient judicial doctrine in countries around us.

Key words: Algorithms and Public Administration, big data, selection of subjects to investigate, algorithmic transparency, AI and Public Administration, Labour and Social Security Inspectorate.

SUMARIO: 1 La selección de sujetos objeto de una investigación. 2 Retos legales: protección de datos y derechos fundamentales afectados. 2.1 Aplicación del *big data* para seleccionar personas jurídicas o empresas. 2.2 Aplicación para la selección de personas físicas o autónomos. 2.2.1 Protección de datos y autónomos. 3 Límites jurídicos a la aplicación de *big data* en la lucha contra el fraude laboral. 3.1 Decisiones automatizadas y protección de datos. 3.2 Garantías frente a la toma de decisiones automatizada. 3.3 Discrecionalidad administrativa en la elección de sujetos a investigar y garantías frente a la arbitrariedad o discriminación. 4 *Big data* como método de selección de la inspección en la jurisprudencia comparada: Francia y Holanda. 5 Síntesis de los retos legales en la implantación del *big data* como método de selección de sujetos a investigar y algunas recomendaciones. 6 Conclusiones: ventajas y límites del uso del *big data* en la inspección. 6.1 Beneficios aportados. 6.2 Límites en el uso del *big data*.

1 La selección de sujetos objeto de una investigación

El derecho del trabajo y de la seguridad social parte, como presupuesto habilitante de su propia existencia, de un desequilibrio de poder entre las partes sujetas al mismo. Esto no solamente tiene efectos en materia de negociación de condiciones de trabajo, sino también en las posibilidades de la parte débil de exigir el cumplimiento de sus derechos. Por esta razón, la construcción de ordenamiento social, desde sus orígenes, ha venido acompañado de la necesidad de una vigilancia y control de carácter público de su cumplimiento. Esto se ha realizado y se realiza, principalmente, a través de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

Actualmente existen diferentes fórmulas para conseguir el cumplimiento de la norma por parte de los obligados; sin embargo, la realización de indagaciones y la

propuesta de sanciones en caso de descubrir un incumplimiento siguen siendo las principales herramientas con las que cuenta el Estado para hacer cumplir sus normas¹.

Un exitoso programa de inspecciones no tiene como consecuencia solamente los efectos directos en cada acción individual (en términos de conseguir el cumplimiento del inspeccionado, por ejemplo, la recaudación obtenida de esa inspección). Por el contrario, existen otros efectos indirectos, en muchos sentidos más relevantes, para el mantenimiento general del nivel de cumplimiento de las normas².

En efecto, la existencia de un sistema eficiente de control que localice y castigue a los que infringen la norma convencerá al resto de obligados que cumplirla redunda en su beneficio³. A su vez, incrementará la percepción de poder ser inspeccionado, algo que, de acuerdo con el modelo estándar de cumplimiento de las normas, conducirá a un incremento del cumplimiento voluntario⁴. Por último, un sistema de inspección que audite y castigue a los que contravienen la norma pondrá fin a la competencia desleal entre las empresas, eliminando una posible necesidad de incumplir para poder competir en el mercado en igualdad de condiciones.

No obstante, a nadie se le escapa que el proceso de inspección es un proceso intrusivo no muy bienvenido por las empresas⁵. Incluso para las empresas que no infringen ninguna normativa, y no reciben ningún requerimiento ni sanción, la presencia de la Inspección en sus instalaciones y la solicitud de información es una intromisión que altera la normal convivencia dentro de esta. Sumado a lo anterior, las inspecciones son un procedimiento costoso, tanto en capital humano como financiero para el Estado⁶.

La Inspección debe, por esta razón, usar sus limitados recursos de manera prudente para obtener el máximo nivel de cumplimiento con la mínima intrusión y los mínimos costes⁷. Planear adecuadamente una estrategia de inspecciones es clave para detectar el fraude a posteriori, así como para proactivamente prevenir que existan incumplimientos de la norma. Es decir, partiendo de la hipótesis de que inspeccionar a una empresa que cumple con la norma proporciona pocos beneficios a la prevención del fraude, la selección de los sujetos objeto de la inspección será esencial. El objetivo,

¹ OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, OECD Press, París, 2004, p. 6.

² OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, cit., p. 7.

³ GUPTA, M. y NAGADEVARA, V., "Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques", *Foundations of E-Government – Conference Proceedings, 11th International Conference on e-Governance*, Hyderabad, India, 2007, p. 378.

⁴ BECKER, G., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, n. 76-2, 1968, pp. 169-217; SRINIVASAN, T.N., "Tax Evasion: A model", *Journal of Public Economics*, n. 2, issue 4, 1973, pp. 339-346; YITZHAKI, S., "Income tax evasion: A theoretical analysis", *Journal of Public Economics*, n. 3, issue 2, 1974. ALLINGHAM, M.G. y SANDMO, A., "Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis", *Journal of Public Economics*, n. 1, 1972, pp. 323-338.

⁵ GUPTA, M. y NAGADEVARA, V., "Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques", cit., p. 378.

⁶ BONCHI, F., GIANNOTTI, F., MAINETTO, G. y PEDRESCHI, D., "A classification-based methodology for planning audit strategies in fraud detection", *KDD '99: Proceedings of the fifth ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, 1999, p. 176. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/312129.312224> (Consultado el 6 de abril de 2020).

⁷ GUPTA, M. y NAGADEVARA, V., "Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques", cit., p. 378.

pues, será planificar estratégicamente la actuación inspectora de tal forma que cada inspección se realice sobre una empresa que incumpla.

En este sentido, parece que hay campo para la mejora en algunos sectores. De acuerdo con el Informe anual 2018 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en materia de contratación de trabajadores, la actividad planificada ha arrojado los siguientes resultados. De un total de 55.640 actuaciones, se ha detectado la comisión de 3.877 infracciones sancionables. Ello significa que el “acierto”, a la hora de seleccionar a las empresas objeto de la inspección durante una campaña dirigida, ha sido del 6%⁸ aproximadamente. Respecto al tiempo de trabajo, se realizaron 20.465 actuaciones con un resultado de 5.230 infracciones⁹, lo que implica un éxito del 25%.

En general, en materia de empleo y relaciones laborales, incluyendo no solo la actividad planificada, sino también aquella realizada como respuesta a una denuncia, el nivel de acierto a la hora de realizar una inspección que terminara en la detección de un incumplimiento sancionable ha sido del 12%¹⁰. Ello implica, en sentido contrario, que se han usado recursos de la Inspección y se ha alterado el normal funcionamiento de una empresa en un 88% de los casos, sin que dicho comportamiento viniera justificado por la gravedad del incumplimiento de la misma¹¹.

Por otro lado, existe otro fenómeno que merece específica atención. En materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción, del total de 28.134 órdenes de servicio, la suma de requerimientos e infracciones –aquí la memoria de la Inspección no da datos desglosados– ha sido de 32.345. Ello significa un acierto del 11,4% en la actuación. Este no es un fenómeno específico de la construcción, dado que el acierto en el resto de sectores se sitúa en el 12,6%. Esto es, *grosso modo* y en términos generales, en cada empresa visitada se han detectado de media 1,26 incumplimientos. Estos datos arrojan conclusiones preocupantes.

De un lado, podría implicar un gran acierto por parte de la Inspección de Trabajo a la hora de seleccionar qué empresas son auditadas en materia de prevención de riesgos. Sin embargo, sin información alguna que haga pensar que existe una manera distinta de seleccionar las empresas inspeccionadas en esta materia de las anteriores que se acaban de ver, probablemente más bien suponga un incumplimiento sistemático en esta materia. No obstante, ello no significa que la planificación estratégica resulte innecesaria en esta materia, sino que el objetivo de la planificación en materia de

⁸ Ello suponiendo que cada infracción ha sido a una única empresa, siendo posible también que las sanciones por contratación fraudulenta de trabajadores temporales se hayan concentrado en unas pocas empresas, lo que reduciría todavía más el nivel de acierto. Por otro lado, la memoria también recoge un total de 21.199 requerimientos. Ello significa, probablemente, que se han encontrado irregularidades en esas empresas, aunque de insuficiente relevancia como para ser sancionadas. Contando también con los requerimientos, el nivel de “acierto” se situaría en el 45%.

⁹ Igualmente, en este caso, se podrían añadir los 6.040 requerimientos que se realizaron en esta materia, arrojando un resultado de acierto en este caso del 55%.

¹⁰ Teniendo en cuenta los requerimientos el nivel de éxito sería del 40%.

¹¹ Todo ello a los ojos de la propia Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, que, tras iniciar la inspección, decidió no sancionar. Por supuesto, también es posible que la decisión final de no sancionar viniera causada no porque no exista incumplimiento que merezca ser sancionado, sino por la falta de pruebas que lo acrediten. No obstante, este argumento no resta razones a lo aquí sustentado. Si la Inspección audita una empresa y finalmente no encuentra pruebas suficientes para sancionar, no se habrá producido el efecto indirecto en términos de prevención general tan necesario en estas actuaciones y en el uso de recursos.

prevención debería ser distinto. En este sentido, no se debería pretender encontrar “algún” incumplimiento, del tipo que sea, por cada inspección, sino seleccionar las empresas que realizan los incumplimientos más graves.

En efecto, la planificación estratégica debe pretender siempre maximizar los resultados de la actuación inspectora¹². Por esto, en la planificación, el objetivo será decidir auditar aquellas empresas donde existe un riesgo mayor de un incumplimiento *grave*. En materia de prevención de riesgos laborales, esta diferenciación es sencilla de observar. No será lo mismo, a la hora de decidir auditar una empresa u otra, que una incumpla una normativa que implique un alto riesgo de accidente mortal que otra que implique riesgos menores. No se pone en duda la necesidad de auditar todas las empresas incumplidoras. No obstante, siendo los recursos escasos, puede tener sentido priorizar estratégicamente la reducción de los accidentes más graves.

Por esta razón, en los últimos años se ha impulsado, desde muchas administraciones¹³, el uso de tecnologías de la información –*big data*, *data mining*, *machine learning*, algoritmos, inteligencia artificial, etc.– con objeto de mejorar la selección de las empresas a inspeccionar o de objetivos de las campañas, basándose en el procesamiento automatizado de los datos.

Este trabajo tiene como objetivo discutir los beneficios y limitaciones del uso de la tecnología del *big data* como forma de tomar decisiones respecto a qué empresas inspeccionar en materia de trabajo y seguridad social. Para ello, en el epígrafe 2 se analizarán los distintos modelos de selección de empresas objeto de esta inspección. El tercer epígrafe se dedicará a las mecánicas de funcionamiento del sistema de valoración del fraude. El cuarto, a la necesidad de evaluar los resultados. El quinto contempla los retos legales en materia de protección de datos, intimidad y regulación antidiscriminatoria de la implantación del sistema. El trabajo termina concluyendo con las ventajas y límites de esta tecnología en materia de prevención del fraude.

Regap



ESTUDIOS

2 Retos legales: protección de datos y derechos fundamentales afectados

El uso de algoritmos, la clasificación de los sujetos mediante perfiles de riesgo de incumplimiento y el tratamiento de datos de forma automatizada a través de las técnicas descritas en este trabajo con objeto de seleccionar las empresas a inspeccionar puede plantear múltiples problemas jurídicos. De un lado, las normas de protección de datos y, de otro, las normas antidiscriminación y de protección de la intimidad pueden suponer límites jurídicos al uso de estas técnicas.

El análisis particularizado de la legalidad del empleo de estas técnicas difícilmente puede hacerse en este momento de forma abstracta y *a priori* sin conocer exactamente

¹² BONCHI, F., GIANNOTTI, F., MAINETTO, G. y PEDRESCHI, D., “A classification-based methodology for planning audit strategies in fraud detection”, cit.

¹³ COMISIÓN EUROPEA, *Risk Management Guide for Tax Administrations*, Bruselas, 2006. Disponible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax_cooperation/gen_overview/risk_management_guide_for_tax_administrations_en.pdf. OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, París, 2018, p. 13.

las mecánicas y el tipo de información que el sistema utiliza. Por ello, el presente epígrafe se limita a señalar los retos jurídicos que puede plantear este uso y los principios legales que deben orientar la adopción de estas técnicas por parte de la Inspección. Para efectuar este análisis, primero se debe dividir la cuestión entre los sujetos afectados: de un lado, el uso del *big data* para seleccionar personas jurídicas o empresas y, de otro, para seleccionar profesionales autónomos o personas individuales.

2.1 Aplicación del *big data* para seleccionar personas jurídicas o empresas

La necesaria segmentación respecto a la selección de personas jurídicas frente a la selección de personas físicas parte de la propia división realizada por la normativa. En efecto, el RGPD se circunscribe a la protección de *datos personales*, incluyendo solamente los datos de las personas físicas y excluyendo de su ámbito de aplicación los datos de las personas jurídicas (art. 1 y 2 RGPD)¹⁴.

De esta forma, el tratamiento automatizado de datos de las empresas y su procesamiento a través de técnicas de *big data* no viene protegido por esta normativa¹⁵. Serán los principios generales, la obligación de la Administración de registrarse bajo el principio de legalidad, de igualdad de trato y la prohibición de arbitrariedad los que determinarán las posibilidades de uso de las mismas. Ello lleva a que, en la utilización del *big data* para la selección de empresas a investigar, a falta de normativa específica en materia de protección de datos, se apliquen los controles clásicos y habituales en la Administración.

2.2 Aplicación para la selección de personas físicas o autónomos

En materia de vigilancia del cumplimiento de la normativa social, la Inspección también es la encargada de controlar el posible fraude de prestaciones sociales recibidas por personas físicas y el cumplimiento de la normativa laboral por parte de profesionales autónomos respecto a la Seguridad Social propia y en cuanto a su posición como empleador.

2.2.1 Protección de datos y autónomos

Una primera cuestión que surge es si la normativa en materia de protección de datos personales se aplica a los autónomos y profesionales en el ejercicio de su profesión. A este respecto surgen dudas dado que, a pesar de que son personas físicas, interactúan como empresarios en el mercado. Esta cuestión ha sido tratada por la doctrina

¹⁴ Expresamente, el artículo 4 define «datos personales» como «toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse».

¹⁵ No obstante, téngase en cuenta que los datos de la empresa o de la actividad empresarial quedarán excluidos de la aplicación de esta normativa, pero no los datos de los profesionales y trabajadores (persona física) que se encuentren integrados en la organización; ver Informe jurídico AEPD 2008/0371.

judicial y llegó a la conclusión de que se entiende que solamente están excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos aquellos profesionales que ejercen su actividad bajo la forma de persona jurídica¹⁶.

En efecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2002 (rec. 881/2000) considera que la publicación de los datos identificativos de los arquitectos está protegida por la LOPD, puesto que son datos que *“se refieren a profesionales que no ejercen su actividad bajo forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de comercio”*.

En el mismo sentido, la SAN de 11 de febrero de 2004 (rec. 119/2002) señala que *“en el caso examinado el dato del afectado, aunque se refiera al lugar de ejercicio de su profesión es un dato de una persona física con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la Ley orgánica 15/1999”*.

También el Tribunal Supremo –Sala 3.^a– en Sentencia de 20 de febrero de 2007 (rec. 732/2003) es del mismo parecer al establecer que *“Es claro que los arquitectos y promotores a que se refiere el litigio participan de la naturaleza de personas físicas y que no dejan de serlo por su condición de profesionales o agentes que intervienen en el mercado de la construcción, por lo que los datos personales relativos a los mismos quedan amparados y sujetos en cuanto a su tratamiento informatizado a las previsiones de la LORTAD; y es que desde este punto de vista subjetivo la exclusión del ámbito de aplicación de la LORTAD no viene determinado por el carácter profesional o no del afectado o titular de los datos objeto de tratamiento, sino por la naturaleza de persona física o jurídica titular de los datos, en cuanto sólo las personas físicas se consideran titulares de los derechos a que se refiere el art. 18.4 de la Constitución”*.

De esta forma, los datos profesionales de los trabajadores autónomos –en cuanto son personas físicas– estarán amparados por la normativa en materia de protección de datos personales vigente.

3 Límites jurídicos a la aplicación del *big data* en la lucha contra el fraude laboral

3.1 Decisiones automatizadas y protección de datos

Aclarado que la normativa en materia de protección de datos será aplicable tanto a profesionales autónomos como a personas físicas –perceptores de prestaciones sociales–, se va ahora a analizar el régimen jurídico aplicable.

El RGPD, en su artículo 6.1 e), establece que el tratamiento de datos de las personas físicas es lícito si *“es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”*. Así pues, con el amparo de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de

¹⁶ AEPD R/00598/2007.

Inspección de Trabajo y Seguridad Social –concretamente su artículo 18.2 y 18.4–, la recogida y tratamiento de estos datos será lícita.

Adicionalmente, aunque la recogida de datos y su tratamiento sean lícitos conforme se acaba de ver, el artículo 22 del RGPD fija una regla específica para la toma de decisiones basadas únicamente en este tratamiento automatizado o en la elaboración de perfiles. En concreto, este artículo prohíbe¹⁷ que una decisión final, que tenga efectos jurídicos sobre el sujeto¹⁸, esté basada únicamente en ese tratamiento automatizado o perfil elaborado por el algoritmo sin intervención humana. Esto puede afectar de lleno a las posibilidades de seleccionar automatizadamente (o mediante perfiles de personas físicas o autónomos) los sujetos a inspeccionar.

No obstante, esta prohibición se aplica solamente si no existe ningún tipo de intervención humana en la selección final del sujeto objeto de la inspección. En efecto, el artículo 22 RGPD que aquí se analiza solamente prohíbe la “decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”. Por esta razón, si existe intervención humana *significativa* en la toma de decisión, no será de aplicación esta imposibilidad¹⁹.

En este sentido, en los casos en los que la decisión final queda en manos del inspector, cuya decisión será tomada conforme a su experiencia usando únicamente el índice de riesgo de incumplimiento como un factor a tener en cuenta, no parece que nos encontremos en el supuesto prohibido del artículo 22 RGPD. De la misma forma, si los planes estratégicos y las campañas son decididos por los responsables de la Inspección, tampoco parece que se estuviera ante el presente supuesto²⁰.

En cualquier caso, una vez más, el artículo 22 RGPD establece excepciones a su aplicación. El reglamento permite que se elaboren decisiones totalmente automatizadas, siempre que ello venga autorizado por el derecho nacional (art. 22.1 b RGPD). Así, el artículo 16.3 de la Ley 23/2015 contempla la posibilidad de que la Inspección reciba datos cedidos por la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, incluyendo los datos personales objeto de tratamiento automatizado. Esta parece una habilitación suficiente teniendo en cuenta que la cesión de datos siempre es un ejercicio más intenso

¹⁷ Literalmente, el artículo 22 RGPD no establece una prohibición, sino que la regla se configura como “el derecho a no ser objeto de este tipo de decisiones”. No obstante, como ya se ha discutido y argumentado en otro lugar (TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 84, 2018), este derecho debe entenderse como una prohibición tal y como lo interpreta el GT29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2016 (adoptadas el 3 de octubre de 2017), p. 13. Esto es, se configura como una prohibición –sin necesidad de reclamar activamente el derecho– a los responsables de datos de tomar las decisiones con esta metodología automatizada.

¹⁸ En mi opinión, no parece que haya dudas de que abrir una inspección sobre una persona física o autónomo tiene efectos jurídicos (ej., obligación de responder solicitudes de información, etc.), por lo que este criterio estaría cumplido.

¹⁹ TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, cit.

²⁰ En cualquier caso, recuérdese que la intervención humana en la toma de decisión debe ser significativa. Se está ante un concepto jurídico indeterminado en el que se deberá analizar caso a caso el nivel de intervención. Lo que está claro es que, si los responsables de la Inspección se limitan a validar la decisión tomada por el *big data* en todas las ocasiones, podría no haber intervención suficiente para excluir estas protecciones. En este sentido, para saber si el nivel de intervención humana es “significativo”, habrá que valorar con qué frecuencia el responsable de recursos humanos adopta decisiones finales en un sentido distinto al planteado por el algoritmo o la IA; TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, cit.

que el mero tratamiento; así pues, se podría sostener que quien puede lo más puede lo menos (si se permite legalmente la cesión de los datos, se permite su tratamiento automatizado). No obstante, en caso de que se desee poder seleccionar a los sujetos objeto de la inspección sin intervención humana alguna, sería recomendable una actualización de la normativa nacional que expresamente aclarare la posibilidad del tratamiento automatizado y la elaboración de perfiles con este objetivo y estableciera garantías suficientes de transparencia y antidiscriminación.

3.2 Garantías frente a la toma de decisiones automatizada

La Comisión Europea, en su *Libro blanco sobre inteligencia artificial*²¹ alerta de una serie de peligros existente en el uso de la IA, entre los que se encuentra la opacidad de algunos de estos sistemas de *big data*, decisiones algorítmicas discriminatorias contra colectivos protegidos o decisiones erróneas por un mal diseño de los algoritmos²². Con objeto de evitar estos perjuicios, la Comisión Europea (2020) sostiene la necesidad de establecer garantías a favor de los afectados por un sistema de inteligencia artificial.

La regulación propuesta parte de que no todos los sistemas tienen la misma incidencia sobre esos derechos fundamentales; por ello, se plantea un sistema de garantías distinto dependiendo del riesgo que tenga la IA de afectar a esos derechos fundamentales. De esta forma, podría haber hasta cinco niveles basados en el riesgo de que una inteligencia artificial afecte o vulnere derechos fundamentales. Esto es, dependiendo de sus potenciales efectos, requeriría desde la ausencia de garantías en el caso de los sistemas de IA más inocuos hasta la prohibición absoluta en el caso de los sistemas de inteligencia artificial más peligrosos.

En efecto, la doctrina viene señalando desde hace tiempo la posibilidad de que los sistemas de decisión automatizada conculquen derechos fundamentales y la necesidad de garantías en su uso²³. En este sentido, puede indicarse como ejemplo el uso por parte de EE. UU. de un algoritmo para determinar la probabilidad de reincidencia de un sujeto que ha cometido un delito. En este caso, los jueces utilizan esa probabilidad para determinar la duración de las penas privativas de libertad. Dado que la metodología y el algoritmo usados para la evaluación del riesgo de reincidencia son desconocidos para el defendido, se alegó violación del derecho de defensa y al proceso debido dada la imposibilidad de impugnar esa valoración del riesgo ni de saber si esa valoración estaba sesgada o era directamente discriminatoria (especialmente contra personas de color en EE. UU.).

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, Bruselas, 2020.

²² En el mismo sentido se pronuncian CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019; COTINO HUESO, L., "Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y *big data*", Bauzá Reilly, M. (dir.), *El Derecho de las Tics en Latinoamérica*, La Ley, Uruguay, 2019; PONCE SOLÉ, J., "Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

²³ CRAWFORD, K. y SCHULTZ, J., "Big data and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms", *Boston College Law Review*, n. 55 (1), 2014.

No obstante, el Tribunal Supremo del estado de Wisconsin en la Sentencia *State v. Loomis*²⁴ consideró que el hecho de que el acusado no supiera la metodología de la evaluación del riesgo usada por el algoritmo no viola su derecho a un proceso debido ni a una sentencia individualizada, dado que el informe solamente es uno más de los factores tenidos en cuenta por el juez para fijar la sentencia definitiva. Además, en este caso, se sostiene que no es posible entregar la información sobre el funcionamiento del algoritmo ni la metodología usada, puesto que es un “secreto de empresa” (los informes son contratados por la Administración de justicia a una empresa privada).

Ante estas conclusiones, la doctrina ha criticado la sentencia y ha sostenido la necesidad de que exista total transparencia en la metodología usada por el algoritmo con objeto de poder impugnar el informe y conocer si esta estaba utilizando criterios discriminatorios para realizar la valoración final del riesgo de reincidencia (ej., color de piel)²⁵. En efecto, se debe estar de acuerdo con estas críticas, y es que, cuando la libertad de circulación de una persona está en juego, la libertad de empresa o el secreto empresarial no puede ser argumentación suficiente para permitir una opacidad que impida conocer posibles discriminaciones.

Por esta razón, el RGPD señala que, incluso cuando una ley nacional autorice el uso de mecanismos informáticos para tomar decisiones automatizadas, será necesario que esta misma normativa fije controles y salvaguardas de los derechos y libertades de los sujetos afectados. No obstante, conforme al criterio mantenido por la Comisión Europea²⁶ en su calificación de los tipos de algoritmos según sus consecuencias, parece claro que esas garantías deberán ser proporcionales a los efectos, más o menos intensos, que las decisiones automatizadas tengan sobre el sujeto.

3.3 Discrecionalidad administrativa en la elección de sujetos a investigar y garantías frente a la arbitrariedad o discriminación

La elección del sujeto a investigar, así como la orientación mediante planes de inspección de la misma, se califican jurídicamente de actos discrecionales²⁷. De esta forma, el inspector podrá elegir, basándose en su experiencia –como se hace tradicionalmente–, o en otros datos o informaciones, los sujetos objeto de su trabajo. De la misma forma, la confección de planes estratégicos y operativos desde los mandos jerárquicos de la inspección solamente viene a elevar esa potestad discrecional a instancias superiores. En este sentido, se admite pacíficamente la inclusión en los

²⁴ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), accesible *online* en: <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/2016/2015ap000157-cr.html> (Consultado el 17 de julio de 2018).

²⁵ BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020. FREEMAN, K., “Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in *State v. Loomis*”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, n. 18, 2016; MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State vs. Loomis*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, 2018, pp. 485-502.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza*, cit.

²⁷ BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, 1998, p. 54; REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, Díez Sánchez, J.J. (coord.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: La función inspectora*, INAP, Madrid, 2013, p. 51.

mismos de criterios de oportunidad y el establecimiento de prioridades y estrategias para aplicar con la máxima eficiencia recursos limitados de esta²⁸.

Hasta aquí no parece que exista límite legal alguno para el uso del *big data* como soporte para la toma de dichas decisiones. No obstante, no está de más recordar que la discrecionalidad no puede significar arbitrariedad y que tiene límites, con objeto de evitar abusos y discriminaciones²⁹. Así, de la misma forma que en la elección de los sujetos a inspeccionar no sería lícito realizarla basándose exclusivamente en la nacionalidad de la empresa o de la persona física, tampoco el *big data* podría llevarnos a dicha conclusión –ni siquiera de forma indirecta– sin que existan razones objetivas distintas al criterio discriminatorio que lo justifique.

Así pues, se debe partir de que, *a priori*, no existe diferente régimen jurídico aplicable cuando la decisión es tomada fundamentándose en la experiencia del inspector, en los datos existentes, en criterios de oportunidad o en el *big data*. Esto es, lo importante no reside en la forma o procedimiento elegido para tomar la decisión, sino en comprobar que el resultado de esta –la decisión– no sea arbitrario o discriminatorio.

El problema radica en las posibilidades de defensa del sujeto investigado. En efecto, en un caso u otro, el sujeto seleccionado desconocerá las razones por las que ha salido elegido, lo que hará materialmente imposible demostrar en juicio un trato sesgado o discriminatorio de la Inspección. Por esta razón, el artículo 20.2 de la Ley 23/2015 establece que es necesario garantizar la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora. O sea, es la Administración la obligada a asegurarse de que las decisiones no se toman en contra del principio de igualdad. A su vez, este artículo garantiza la publicación de las instrucciones de organización de servicios, de los criterios operativos generales y de los criterios técnicos vinculantes.

De esta forma, de un lado, la Administración tiene la obligación de asegurar que el *big data* no esté dando como resultado una elección discriminatoria o sin fundamento suficiente; por otro lado, será necesario garantizar cierto grado de transparencia en los criterios utilizados por el *big data* para tomar sus decisiones y establecer los porcentajes de riesgo de incumplimiento de cada empresa o de los distintos sectores.

Esto es, no parece que sea suficiente indicar que se ha elegido una empresa –o un sector si hablamos de un plan estratégico– porque la herramienta informática indica que tiene mayor riesgo de incumplir. Por el contrario, la Administración tendrá la obligación de asegurar que el resultado final del índice de riesgo de incumplimientos no está basado en criterios prohibidos (nacionalidad de la empresa o persona física, sindicación o no, etc.). La analogía con las herramientas de selección tradicionales hasta el momento es sencilla, y es que, conforme al principio de igualdad, la Administración también debe asegurarse de que un inspector no actúe motivado por razones arbitrarias y discriminatorias.

De esta forma, igual que, de acuerdo con la normativa actual, los criterios operativos generales deben ser publicados para garantizar la no arbitrariedad, parece

²⁸ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 195.

²⁹ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 93-94.

necesario publicar (o, al menos, estar disponibles conforme a las leyes de transparencia) qué tipo de datos, en general, se suministraron a la herramienta informática para tomar la decisión. En la mayoría de casos, esto será suficiente para asegurar que el resultado final dado por el *big data* no estará basado en criterios discriminatorios.

Por el contrario, no parece que deba incluirse en esa publicidad/transparencia ni el código del algoritmo utilizado para tomar las decisiones ni tampoco debería ser obligatorio que se publicite el resultado final dado por la herramienta³⁰. Esto es, ni las empresas ni las personas físicas tendrán derecho a conocer las probabilidades de incumplir que le asigna la herramienta.

La justificación es triple. De un lado, informar a las empresas de que tienen una baja probabilidad de ser investigadas podría incrementar el propio incumplimiento. De otro lado, publicar el código o las ponderaciones realizadas por la herramienta para tomar la decisión permitiría –a las empresas que pudieran pagar un servicio informático de suficiente nivel– revelar la misma información respecto a las posibilidades concretas de ser inspeccionadas. Por último, esa información en manos de las empresas les permitiría modificar su comportamiento para alterar los resultados del algoritmo. Es decir, si la empresa sabe qué variable, en qué proporción y de qué forma inciden en la probabilidad de ser investigadas, esta podría alterar su comportamiento no para cumplir, sino para modificar esas variables (lo que se ha llamado *gaming the algorithm*)³¹.

Por esta razón, a pesar de la necesidad de asegurar la transparencia y la falta de arbitrariedad o discriminación, no parece posible exigir que se revele toda la información respecto a la herramienta informática ni cómo esta toma sus decisiones con objeto de evitar que las empresas o sujetos infractores puedan usar esa información para seguir incumpliendo la norma. Por otro lado, sí parece exigible que la Administración revele qué tipo de datos son usados por el algoritmo para tomar su decisión con objeto de asegurar que no se está utilizando información protegida (art. 9 RGPD) o discriminatoria (art. 14 CE). Por último, dada la posibilidad de que el *big data* pueda inferir informaciones discriminatorias basadas en datos no discriminatorios (ej., deducir la raza o nacionalidad basándose en el barrio dónde se vive), con objeto de evitar que esto ocurra, parece necesario que el algoritmo, no publicado, supere algún tipo de auditoría administrativa interna –o de un tercero– que verifique que el algoritmo por su propia cuenta no está “descubriendo” datos prohibidos o sensibles y usándolos en sus resultados³².

³⁰ Incluso aquella parte de la doctrina que más fervientemente apoya la publicación de toda la información respecto a la herramienta o algoritmo utilizado por la Administración pública sostiene que, en el caso de los algoritmos que deciden el campo de actuación de una inspección, la transparencia debe tener límites. BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, cit., p. 265.

³¹ BAMBUER, J. y ZARSKY, T., “The algorithm game”, *Notre Dame Law Review*, n. 94 (1), 2018.

³² GONZÁLEZ ESPEJO, M.J., “Sector público y algoritmos: Transparencia o un poco más de paciencia”, *Diario la Ley*, Wolters Kluwer, 19 de febrero de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slA-AAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNDEyMTNTK0stKs7Mz7M1MjACCvqq5eWnpla4ONuW5qWkpmXmpaaAlGSmVbrk4dU FqTapiXmFKeqp5b152jembQPMwEAZnEi5GMAAAA=WKE>.

4 *Big data* como método de selección de la inspección en la jurisprudencia comparada: Francia y Holanda

La cuestión que se acaba de analizar, sobre la validez de estos sistemas y el nivel de transparencia requerida, ha sido enjuiciada en alguno de los países de nuestro alrededor con resultados dispares.

Así, el Consejo Constitucional francés, en su Decisión de 27 de diciembre de 2019 (Decisión n. 2019-796 DC), examina la validez de un sistema de uso del *big data* para apoyar la selección de objetivos de la Inspección de Hacienda. El sistema fue incorporado a través de la Ley de presupuestos de 2020 (art. 154), permitiendo a las autoridades tributarias que usaran estas herramientas con dos finalidades: la primera, recolectar datos públicos que existan en internet sobre los obligados tributarios; en segundo lugar, procesar de forma automatizada esa información para decidir si existen posibles fraudes.

De esta forma, la autorización legislativa no se limita al procesamiento de los datos que ya tiene la Inspección para decidir el riesgo de incumplimiento, sino que adicionalmente permite que la herramienta se use para escanear internet en búsqueda de indicios de fraude –por ejemplo, página web de una empresa que vende productos, pero no paga tributos, etc.–.

La Corte Constitucional, en su fallo, admite el uso de ambas funcionalidades automatizadas de la herramienta, principalmente con base en los siguientes argumentos: i) la finalidad es un objetivo constitucionalmente protegido (lucha contra el fraude) y se aplica en un ámbito donde pueden producirse incumplimientos de la norma no detectados por los medios ordinarios; ii) los datos incorporados a la herramienta y los resultados obtenidos solamente pueden ser usados por personal de la Administración sujeta al secreto profesional y confidencialidad; iii) los indicios de fraude captados de forma automatizada a través de algoritmos no sirven como prueba única para fundamentar una sanción, sino que esta solamente podrá ser resultado de procedimientos debidamente individualizados y motivados con los derechos de defensa (audiencia) y garantías habituales.

En cualquier caso, la Corte advierte que este es un examen preliminar y que la validez de la herramienta dependerá de que, en su uso, esta permita un control de legalidad y de que los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos queden asegurados.

Por otro lado, mucho más restrictiva y contundente se muestra la Sentencia del Tribunal de distrito de La Haya (*Rechtbank Den Haag*) en los Países Bajos, de fecha 5 de febrero de 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:865), que declara ilícito el uso de un algoritmo para establecer probabilidades de incumplimiento de ciudadanos que perciben prestaciones de la Seguridad Social³³.

³³ Ver BATTAGLINI MANRIQUE DE LARA, M., "Sentencia histórica del Tribunal de la Haya anulando la elaboración de perfiles para el fraude de la Seguridad Social (SyRI)", *World Compliance Association*, 2020. Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/2624/noticia-sentencia-historica-del-tribunal-de-la-haya-anulando-la-elaboracion-de-perfiles-para-el-fraude-de-la-seguridad-social-syri.html>; COTINO HUESO, L., "«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020", *La*

La sentencia responde a la demanda de varias asociaciones de defensa de los derechos humanos que impugnan el uso por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del denominado Sistema de Indicación de Riesgos (*Systeem Risico Indicatie*, SyRI). Esta es una herramienta automatizada que el Gobierno holandés usa para prevenir y combatir el fraude en el campo de la Seguridad Social³⁴.

El sistema, a través de un instrumento informático automatizado, asigna un nivel de riesgo de que una persona cometa fraude a partir de una serie de parámetros estudiados y correlacionados entre sí. La herramienta viene autorizada por la Ley de organización de implementación y estructura de ingresos (*Wet structuur uitvoeringsorganisatie en inkomen*, SUWI). Esta norma (art. 65.2) permite la elaboración de informes de riesgos para evaluar las posibilidades de que una persona física o jurídica cometa fraude en la percepción de prestaciones públicas incluidas en materia de Seguridad Social. El Gobierno justifica este uso debido al elevado número de fraude detectado en el país.

Dicha ley está desarrollada en un reglamento que fija los datos procesados por la herramienta de *big data*. Concretamente, se procesa información como la siguiente: nombre, dirección, lugar de residencia, dirección postal, fecha de nacimiento, género y características administrativas de las personas; datos respecto a su trabajo; sanciones administrativas anteriores; datos fiscales, incluida información sobre bienes muebles e inmuebles; datos sobre motivos de exclusión de asistencia o beneficios; datos comerciales; datos de integración, que son datos que pueden usarse para determinar si se han impuesto obligaciones de integración a una persona; historial de cumplimiento de las leyes y reglamentos; datos sobre becas recibidas; sobre pensiones; sobre la obligación de reintegro de prestaciones públicas; sobre endeudamiento; sobre beneficios, ayudas y subsidios recibidos; sobre permisos y exenciones recibidos para la realización de actividades y datos sobre si tiene o no seguro de salud.

El análisis de los datos y la evaluación del riesgo se realiza en dos tramos. En primer lugar, los datos se hacen anónimos a través del reemplazo del nombre personal y los números de la Seguridad Social por un código. Posteriormente, se comparan los datos con el modelo de riesgos y se identifican los posibles factores de riesgo. Si a una persona se le otorga un grado alto de riesgo de fraude, sus datos son trasladados a la segunda parte del proceso. En esta segunda parte, el análisis de riesgo lo realiza una unidad específica dentro de la Inspección de Trabajo (Inspección de Asuntos Sociales y Empleo), que le asigna un riesgo definitivo.

Ante este sistema, el tribunal holandés considera que la normativa viola el artículo 8.2 del CEDH al entender que la injerencia en la vida privada de las personas de este sistema de análisis de riesgo no cumple el requisito de necesidad ni proporcionalidad. En este sentido, la sentencia estima que, a pesar de reconocer que la medida persigue

Ley Privacidad, n. 4, 2020; FERNÁNDEZ, C.B., "Primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos", *Diario la Ley*, 13 de febrero de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNDa3NDJUK0stks7Mz7M1MjAC6r15aekhrG425bmpaSmZealpoCUZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUp6qllJXnZ6OYFABzAQCF5dkrYwAAAA==WKE>.

³⁴ ALGORITHMWATCH y BERTELSMANN STIFTUNG, *Automating Society taking stock of automated decision making in the EU*, Berlín, 2019, p. 101.

una finalidad legítima (lucha contra el fraude), la intromisión en la vida privada no está suficientemente justificada. A su vez, el tribunal establece que, aunque el informe de riesgos generado por el algoritmo no tiene en sí mismo una consecuencia legal directa (no hay sanción), sí que tiene un efecto significativo en la vida privada de la persona a la que se refiere.

Así, la sentencia concluye que la herramienta informática, en aplicación del derecho de la Unión –RGPD y CEDH–, no cumple con los principios de transparencia, de limitación del tratamiento y de minimización de datos, concluyendo que la normativa que regula el uso de la aplicación es insuficientemente clara y verificable, lo que la convierte en contraria a la ley.

La sentencia incide especialmente en la falta de transparencia. En este sentido, el tribunal indica que esa falta de transparencia plantea problemas de comprobación de posibles efectos discriminatorios (indirectos); sobre todo, añade la sentencia, dado que el análisis de riesgo de incumplimiento se realiza sobre sujetos en situaciones de especial vulnerabilidad –por esa razón acceden en primer lugar a las prestaciones sociales–. Además, el tribunal recrimina que el sistema analice datos personales de categorías especiales (art. 9 RGPD), y advierte de la posibilidad de que el algoritmo, realizando conexiones e inferencias, acabe tomando decisiones discriminatorias³⁵. En este sentido, establece que, sobre la base de la información existente acerca de la herramienta, no es posible evaluar si ese riesgo de discriminación indirecta ha sido abordado adecuadamente por la norma que desarrolla el sistema de evaluación de riesgos.

En mi opinión, esta sentencia tiene varias lecturas. Por un lado, si entendemos que las conclusiones obtenidas en ella son aplicables y extensibles a cualquier uso de un algoritmo para valorar riesgos de fraude, muy probablemente sus conclusiones llevan a una prohibición *de facto* de sus posibilidades de uso. Es cierto que la sentencia no llega a prohibir su implantación, pero los requisitos que establece pueden hacer imposible el mismo.

Téngase en cuenta que la sentencia analiza un sistema de por sí bastante garantista con la protección de datos y la intimidad. En este sentido, los datos estaban anonimizados, se establecía una obligación de borrado de datos a los cuatro meses si el informe indicaba riesgo bajo, se compartimentaba las secciones y departamentos que procesaban información, se obligaba a la confidencialidad y, además, en última instancia era la Inspección la que tomaba la última decisión³⁶. Además, la utilización

³⁵ Esto ha sido puesto de relieve por la doctrina en varias ocasiones al entender que esta tecnología parece capaz de inferir ciertas características personales basadas en otros datos. Es decir, aunque se prohíba recabar datos en materia de afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad, los algoritmos son capaces de obtener esta información a través de otros datos (CRAWFORD, K. y SCHULTZ, J., "Big data and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms", cit.). Por ejemplo, la religión o la raza pueden estar estadísticamente muy relacionadas con el código postal o el barrio donde vive la persona. Así pues, tomar decisiones basadas en la ubicación de la vivienda resultará en el fondo una decisión basada en la raza o, incluso, conforme al tiempo dedicado a leer unas noticias en Facebook o Google –y no otras– se puede predecir la afiliación política o sindical. De hecho, en muchos casos, se desconocen las capacidades de un algoritmo a la hora de hacer inferencias estadísticas, lo que supone la "imposibilidad" de conocer si el propio algoritmo está tomando decisiones fundamentadas en información discriminatoria o no, en HARDT, M., "How big data is unfair", *Medium*, 26 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>.

³⁶ Si bien es cierto que no se sabe si la Inspección finalmente decidía inspeccionar todos los sujetos con riesgo alto –sin tomar ninguna decisión significativa– o, por el contrario, si esta intervención humana era relevante para la decisión final, una

del sistema no era indiscriminada, sino que, por el contrario, era necesario solicitar su uso –para poder hacerlo había unos requisitos específicos fijados y la norma establecía quién podía solicitar el informe de riesgo–, qué datos debían usarse y con qué finalidad –objetivo específico–. A pesar de todo ello, el tribunal entiende que no existen garantías adecuadas, dado que “no hay información suficiente para saber cómo operaba”. Incide posteriormente la sentencia en esta cuestión al criticar que el modelo de riesgo que se utiliza y los indicadores de riesgo sean secretos y que eso impide que un sujeto interesado pueda defenderse contra el hecho de que se haya determinado un alto riesgo de fraude sobre él o ella.

En esta cuestión es donde, de aceptar esta lectura de la sentencia, se vendría a prohibir *de facto* el uso de este tipo de herramientas automatizadas para valorar riesgos de incumplimiento. En efecto, si se da información suficiente para saber cómo opera la herramienta –como parece exigir la sentencia comentada–, esta será inservible para sus propios objetivos. Por un lado, aquellos que tuvieran un bajo riesgo y lo superaran³⁷ tendrían incentivos para incumplir conociendo que las probabilidades de ser investigados son bajas. Por otro lado, los que tuvieran un alto riesgo de ser inspeccionados y conocieran “cómo opera el algoritmo” podrían modificar su conducta, no para cumplir, sino para engañar al sistema de valoración de riesgo –una posibilidad que la doctrina ha puesto de manifiesto en varias ocasiones–³⁸. En fin, en mi opinión, la transparencia en el funcionamiento del sistema de valoración de riesgos de fraude no puede ser tal que permita a los sujetos evadir la vigilancia y el control.

También es cierto que la sentencia apunta hacia otras posibilidades, dado que el tribunal señala expresamente que echa en falta una revisión previa por parte de la Administración o de un tercero independiente de que el algoritmo es proporcionado, vistos los derechos en juego y que, adicionalmente, no es discriminatorio. Esta posibilidad parece más sensata. Es decir, dada la imposibilidad de una transparencia absoluta para que el sistema sea efectivo –lo que *de facto* limita las posibilidades de defensa de los ciudadanos–, tendría sentido aceptar que la propia Administración o un tercero independiente auditara el algoritmo para asegurar que funciona correctamente y sin sesgos.

Además, la sentencia parece olvidar que la decisión automatizada –de ser realmente automatizada, porque parece existir suficiente intervención humana cuando el informe de riesgos se envía a la Inspección de Trabajo– solamente tiene como efecto que se inicie una investigación –es un mero selector–, siendo la investigación la que determinará si hay sanción o no. Con esto no quiero decir que la selección de los sujetos a investigar no tenga efectos sobre las personas, pero, en cualquier caso, las consecuencias no son absolutas ni irrevocables. A este respecto, solamente señalo que la sentencia parece olvidar poner en proporción las garantías necesarias para poder

cuestión que podría ser relevante para justificar que la decisión final no era tomada por el algoritmo automáticamente.

³⁷ Que no se informe a los sujetos de que tienen un bajo riesgo es uno de los reproches “indirectos” que hace la sentencia a la configuración del sistema.

³⁸ BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, cit., p. 48; BAMBUER, J. y ZARSKY, T., “The algorithm game”, cit., p. 46.

tomar decisiones basadas en un algoritmo, con los efectos que dicha decisión produce³⁹. Es decir, no sería proporcionado exigir las mismas garantías para un algoritmo que adjudica riesgo de reincidencia de un delincuente cuya consecuencia sea ampliar el número de años en prisión [Sentencia *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016)] que las garantías necesarias para un algoritmo que da apoyo a la Inspección para decidir qué sujeto comenzar a auditar, siendo el posterior análisis e investigación realizados completamente por personas conforme al procedimiento habitual.

En cualquier caso, como se ha dicho, en mi opinión, esta sentencia tiene otra lectura muy distinta a la anterior. Se debe partir de que esta sentencia responde a un tipo de herramienta con finalidades muy concretas que puede haber llevado al tribunal a buscar unos estándares de exigencia tan altos que *de facto* acabe prohibiéndola. Las razones son las siguientes: en primer lugar, afecta a personas físicas. Ninguno de los argumentos vistos en ella parece aplicable a empresas, las cuales no disfrutaban del derecho a la protección de datos ni tampoco una investigación puede ser considerada una invasión de la vida privada de esta, por cuanto una empresa no tiene vida privada como derecho fundamental.

En segundo lugar, y esta podría ser la clave de bóveda de la sentencia, la detección del fraude en materia de prestaciones a la Seguridad Social afecta a colectivos especialmente vulnerables que podrían merecer una mayor protección –mayores garantías– de su vida privada. Como establecieron los demandantes, y el relator especial de la ONU, este sistema “tiene un efecto discriminatorio y estigmatizador”, dado que se centra en investigar vecindarios más marginados y, con ello, “contribuye a los estereotipos y refuerza una imagen negativa de los ocupantes de dichos vecindarios”. Hablamos de personas con incapacidades permanentes, invalidez o en desempleo: ciudadanos que, de una forma u otra, son especialmente vulnerables, por lo que desarrollar una herramienta de máxima tecnología para detectar fraude entre ellos puede considerarse una “criminalización de la pobreza”.

De hecho, como sostienen los expertos, la mayor parte del fraude en Seguridad Social no proviene por el cobro de prestaciones indebidas, sino por la falta de pago de las cotizaciones y por la economía informal⁴⁰. De esta forma, usar medidas invasivas de la privacidad de las personas sin, a su vez, utilizar las mismas medidas para atacar las mayores fuentes de fraude podría entenderse, en efecto, arbitrario, injustificado o, al menos, desproporcionado.

Téngase en cuenta que, desde el momento en que derechos fundamentales de los ciudadanos entran en juego –especialmente en colectivos socialmente vulnerables–, ya no debe actuar libremente el principio de discrecionalidad administrativa, sino que este vendrá limitado por los principios de necesidad y proporcionalidad. De esta forma, intentar justificar dicha medida invasiva de los derechos fundamentales de las personas por la necesidad de evitar el fraude –necesidad legítima en abstracto– cuando no se está atacando fuentes de fraude mayores –economía informal,

³⁹ COTINO HUESO, L., “Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y *big data*”, cit.

⁴⁰ UPIT, *Estudio sobre el estado y actividad de la ITSS*, Madrid, 2014. Disponible en: <http://upit.es/web/index/show/id/36> (Consultado el 6 de abril de 2020).

infracotización, etc. – y que, además, no requerirían de la invasión de derechos de las personas (dado que estos ilícitos son realizados por empresas) puede considerarse contrario a estos principios.

Por estas razones, no creo que la doctrina de esta sentencia deba entenderse como un impedimento general y abstracto al uso del *big data* o de los procesos automatizados para dar soporte a las decisiones de selección de sujetos infractores. Más bien parece que la sentencia puede estar oponiéndose a una política de “criminalización de la pobreza” respecto a un gobierno enfocando sus esfuerzos –uso de la máxima tecnología disponible– para detectar el pequeño fraude de personas en general en situaciones vulnerables, a la vez que poco se hace en la misma línea por la lucha contra el gran fraude (violando los principios de necesidad y proporcionalidad con ello).

En fin, pocas dudas caben de la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas frente al Estado y, en especial, evitar sesgos discriminatorios. Al mismo tiempo, poco sentido tendría limitar las posibilidades de adaptación de las administraciones al siglo XXI permitiendo usar sus recursos más eficientemente, a la vez que consiguen recompensar mejor a los sujetos cumplidores a través de una menor probabilidad de ser objeto de una inspección. De esta forma, la ley debe preocuparse especialmente de que el sistema funcione –que las razones de elección no respondan a sesgos o discriminaciones, sino a una verdadera mayor probabilidad de infringir la norma– y que exista suficiente transparencia para que el sistema pueda ser enjuiciado en caso de presentar indicios de arbitrariedad o de discriminación.

5 Síntesis de los retos legales en la implantación del *big data* como método de selección de sujetos a investigar y algunas recomendaciones

A pesar de que la selección de uno u otro sujeto, para iniciar una inspección, está configurada jurídicamente como una decisión discrecional de la Administración, el uso de herramientas automatizadas para la construcción de perfiles de riesgo de incumplimiento de la normativa presenta múltiples conflictos jurídicos, especialmente en materia de protección de datos, protección de la intimidad y posibles discriminaciones. De esta forma, la Administración, en el diseño de la herramienta informática, deberá tener en cuenta estos derechos y establecer garantías que protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La intensidad de esas garantías es una cuestión actualmente muy debatida por la doctrina y los tribunales, sin que exista consenso. No obstante, sí se pueden fijar una serie de pautas a seguir.

En primer lugar, se deberá valorar la necesidad del uso de la herramienta, entendida como la existencia de un objetivo legítimo –en este caso la lucha contra el fraude–. No obstante, no parece suficiente una justificación abstracta de la necesidad de alcanzar ese objetivo, sino concretamente de la relación entre la consecución de ese objetivo y el uso de la herramienta automatizada (adecuación). De esta forma, como se ha visto en este trabajo, podría entenderse que, si se quiere perseguir el fraude –finalidad

legítima en abstracto—, no debería utilizarse una herramienta automática de selección de perfiles contra pequeños defraudadores si no se usa para grandes defraudadores —que sería la forma de alcanzar verdaderamente el objetivo—.

En segundo lugar, la proporcionalidad. En efecto, las garantías para salvaguardar los derechos de los ciudadanos deben ser proporcionadas respecto al daño que la herramienta informática puede generar. De esta forma, no será lo mismo una herramienta que establezca perfiles de riesgo de reincidencia cuyo uso puede implicar el alargamiento de una pena privativa de libertad que las garantías que debe tener un sistema que establece un riesgo de cometer una infracción laboral cuya única posible consecuencia es el inicio de una investigación, la cual será la que determine, en última instancia, si existió o no ilícito.

En tercer lugar, no será lo mismo una herramienta informática que se limite a procesar datos que ya obran en poder de la Administración pública que otra que se dedique a escanear internet con objeto de recolectar datos para la vigilancia y control de la normativa. En efecto, las posibilidades tecnológicas son múltiples y no todas tienen la misma repercusión. De esta forma, se deberán exigir mayores garantías a una herramienta que recopila datos sin consentimiento de los interesados que a otra que solamente los procesa con objeto de ayudar a tomar decisiones acertadas respecto a la selección de sujetos que se van a investigar.

En cuarto lugar, la cuestión más compleja de resolver será la necesidad de transparencia. Pocas dudas caben de que, para garantizar el derecho de defensa del afectado y para evitar discriminaciones directas o indirectas, es imprescindible que el proceso de selección sea transparente. No obstante, a pesar de que esto sea así, cuando el algoritmo tiene por objetivo, concretamente, la lucha contra el fraude, la transparencia —más bien el exceso de ella— puede dejar inoperativa la propia herramienta.

En efecto, la información respecto a cómo funciona el algoritmo puede desvelar información clave que, de un lado, incremente el incumplimiento y, de otro lado, permita a un incumplidor reducir el riesgo de ser detectado. Por esta razón, aunque se comparta la necesidad de la “transparencia algorítmica”, parece recomendable buscar otras fórmulas que no frustren los resultados deseados. En este trabajo se exponen dos: i) publicar qué datos se suministran a la herramienta para tomar sus decisiones, ya que esto eliminaría las posibilidades de que se utilicen datos sensibles o discriminatorios: ii) otra posibilidad podría ser que, internamente o a través de un organismo especializado independiente, se realizara un análisis de verificabilidad de la herramienta informática que comprobara que no se usan datos prohibidos y que los resultados no son discriminatorios.

Por último, se debe señalar que la protección, las garantías y las salvaguardas frente a la herramienta no tienen por qué ser las mismas si el informe sobre probabilidad de incumplir la normativa se hace respecto de una empresa que si se hace sobre una persona física. Por ello, parece recomendable para la Administración establecer dos sistemas diferenciados de selección, para que, de esta forma, además de poder fijar estándares de garantía distintos en caso de que se quiera, en el supuesto de que se

Regap



ESTUDIOS

impugnara el sistema –y ante una eventual anulación o prohibición de uso del mismo–, el tribunal pudiera valorar por separado la licitud de cada uno.

6 Conclusiones: ventajas y límites del uso del *big data* en la inspección

6.1 Beneficios aportados

El uso de las herramientas del *big data* y la inteligencia artificial permite la planificación estratégica y la selección de sujetos a inspeccionar para mejorar el uso de los recursos de la Inspección⁴¹. Estos mecanismos son capaces de clasificar a cada empresa basada en su riesgo de incumplimiento⁴². De esta forma, extrayendo información y patrones ocultos, se mejora la ratio de acierto, encontrando más incumplimientos, a la vez que se reducen las inspecciones en empresas que cumplen. En particular, el *big data* proporciona las siguientes ventajas al sistema:

1. Se reduce el tiempo y los recursos dedicados al análisis manual de datos.
2. Se permite una rápida curva de aprendizaje de los nuevos inspectores sin que sean necesarios años de experiencia para desarrollar intuiciones sobre dónde buscar los incumplimientos.
3. Se localizan patrones y tendencias de incumplimiento indetectables por la intuición a través de la correlación de datos.
4. Permite la planificación de campañas de forma más eficiente.
5. Proporciona la posibilidad de detectar y atajar las llamadas “epidemias” de fraude antes de que se expandan.
6. La selección basada en datos incrementa una visión medioplacista o largoplacista de los objetivos. Esto reduce las posibilidades de tomar decisiones “a golpe de telediario”. Esto es, decisiones basadas en sucesos puntuales que modifican el curso de la acción inspectora por la relevancia momentánea de un hecho y no porque existan verdaderas razones justificativas de tal actuación⁴³.
7. Las técnicas del *big data* también mejoran la evaluación de la actuación inspectora en términos generales. De un lado, permite definir el nivel de incumplimiento en un país o sector y cómo este disminuye gracias a las actuaciones de la Administración. Ello incrementará la legitimidad social de la necesidad de la Inspección, basándose en datos en un mundo en el que aquello que no puede medirse pocas veces se tiene en cuenta.
8. Estas técnicas de tratamiento de datos también facilitan su propia evaluación para mejorar cada día a través del *feedback* de los inspectores.

⁴¹ WATKINS, R.C., REYNOLDS, K.M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. y EAGLIN, R., “Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering”, *Journal of Policing practice and research: An international Journal*, n. 4(2), 2013, p. 12.

⁴² OCDE, *Best Practice Principles for Regulatory Policy Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Press, París, 2014, p. 28.

⁴³ OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, cit., p. 29.

En fin, cada vez más países adoptan estas técnicas para mejorar la selección de sujetos a inspeccionar con notable éxito. Austria, tras la inclusión de estas técnicas basadas en riesgos de incumplimiento para la selección, pasó de encontrar entre 20 y 30 fraudes por cada 100 inspecciones realizadas a descubrir incumplimientos de entre el 60 y el 80% de las inspecciones efectuadas⁴⁴. Adicionalmente, este sistema permitió también incrementar el cumplimiento voluntario a través de las comunicaciones (cartas), avisando de la información que se tenía. La previa selección permitió que el cumplimiento pasara de producirse en un 7% de los que recibían la carta a un 20 o 30%⁴⁵.

6.2 Límites en el uso del *big data*

A pesar de las oportunidades que brinda la aplicación de estas modernas técnicas para mejorar la efectividad de las inspecciones, su incorporación exige tener los datos con calidad suficiente y una apuesta segura por estos. Todo ello no siempre es posible o sencillo.

1. En primer lugar, el *big data* necesita nutrirse de suficientes datos de calidad para poder obtener conclusiones válidas. Esto implica juntar todos los datos en una misma herramienta informática con la colaboración de otras administraciones (CC.AA) y otras ramas de la Administración estatal (Hacienda, DGT, etc.). En este sentido, en nuestro país se han hecho muchos avances, pero se debe recordar que cuantos más datos se tengan mayor fiabilidad existirá⁴⁶.

2. Adicionalmente a tener los datos, estos no deben estar sesgados o incompletos. Por ejemplo, si en el pasado se ha focalizado en un determinado tipo de empresas – donde lógicamente se habrán encontrado incumplimientos– y esos son los datos que se suministran a la herramienta, basándose en esos datos se considerará que estas empresas son las que deben ser inspeccionadas en el futuro. Esto, a su vez, implicará mayor número de fraudes encontrados en esas empresas, confirmando el sesgo y cerrando el círculo⁴⁷. Por esta razón, es tan importante que los datos suministrados sean completos, de calidad y sin sesgos manifiestos.

3. También será necesario dar formación a los inspectores sobre la utilidad de la herramienta y cómo usarla, además de proporcionarles formación para que sean capaces de dar *feedback* a la misma⁴⁸.

4. Otra cuestión que puede limitar el uso de la herramienta es la desconfianza a lo nuevo. Toda organización suele sentirse más cómoda haciendo las cosas como sabe

⁴⁴ En ambos casos, el índice de acierto en la selección era mejor que seleccionar de manera aleatoria, cuyo índice era del 15-20%.

⁴⁵ OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, OECD Press, París, 2004, p. 40.

⁴⁶ OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, cit., p. 39.

⁴⁷ RIDEMAR, A., *Decision Support for SWEA Inspections*, Kth Royal Institute of Technology School of Electrical Engineering and Computer Science, Stockholm, 2018, p. 33. Disponible en: <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1238767/FULLTEXT01.pdf> (Consultado el 6 de abril de 2020).

⁴⁸ WATKINS, R.C., REYNOLDS, K.M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. y EAGLIN, R., "Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering", cit., p. 12.

hacerlas, y la inclusión de nuevos mecanismos provoca rechazo. Por esta razón, es importante que se conozca el funcionamiento y las mecánicas subyacentes a la herramienta, de tal forma que se genere confianza en su uso⁴⁹.

5. Se debe señalar que el *big data* no objetiviza el uso de los recursos, solamente hace más eficiente esa utilización. Por esta razón, seguirá siendo necesaria la incorporación de los conocimientos y experiencias de los inspectores, así como la reflexión y la toma de decisiones sobre priorización. El sistema de *big data* en ningún caso sustituye la necesidad de una planificación estratégica ni elimina el uso de la discrecionalidad administrativa para elegir objetivos. El *big data* es una herramienta que ayuda a esa toma de decisiones y a elegir esos objetivos.

6. Por último, estas herramientas pueden acabar siendo usadas para justificar la persecución de ciertos colectivos históricamente discriminados. Sobre todo en materia de policía, se ha criticado que se usen estas herramientas para justificar una mayor vigilancia en los barrios pobres o la detención en aeropuertos de personas de color⁵⁰. En efecto, en este trabajo se ha puesto de manifiesto el peligro de que los mecanismos se utilicen para justificar un uso de los recursos enfocados en investigar más a pequeñas empresas o a receptores de prestaciones. Por ello, estos sistemas de selección requieren una constante vigilancia y crítica como cualquier otro de los existentes.

En este sentido, será necesario establecer controles internos y externos para asegurar que los derechos fundamentales de las personas no son violados. De un lado, la Administración tiene la obligación de que la selección no responda a patrones discriminatorios –ni voluntarios (suministrando datos protegidos) ni involuntarios (suministrando datos que por error están sesgados)–. De otro lado, es necesario que la selección y el uso de la herramienta sean transparentes. Por supuesto, esto no puede implicar la obligación para la Administración de publicar el resultado del análisis de riesgo –bajo la amenaza de que ello se utilice para infringir la norma–, sino que se debe publicar qué datos son tenidos en cuenta, de forma general, por el *big data* para crear el índice de riesgo.

Bibliografía

- ALGORITHMWATCH y BERTELSMANN STIFTUNG, *Automating Society taking stock of automated decision making in the EU*, Berlín, 2019.
- ALLINGHAM, M.G. y SANDMO, A., “Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis”, *Journal of Public Economics*, n. 1, 1972.
- BAMBUER, J. y ZARSKY, T., “The algorithm game”, *Notre Dame Law Review*, n. 94(1), 2018.
- BATTAGLINI MANRIQUE DE LARA, M., “Sentencia histórica del Tribunal de la Haya anulando la elaboración de perfiles para el fraude de la Seguridad Social (SyRI)”,

⁴⁹ WATKINS, R.C., REYNOLDS, K.M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. y EAGLIN, R., “Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering”, cit., p. 12.

⁵⁰ GILL, P., *Rounding up the usual suspects?: developments in contemporary law enforcement intelligence*, Ashgate, Aldershot, 2020; SANDERS, C.B. y SHEPTYCKI, J., “Policing, crime and big data: towards a critique of moral economy of stochastic governance”, *Crime Law Soc Change*, n. 68, 2017, p. 7.

- World Compliance Association*, 2020. Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/2624/noticia-sentencia-historica-del-tribunal-de-la-haya-anulando-la-elaboracion-de-perfiles-para-el-fraude-de-la-seguridad-social-syri.html>.
- BECKER, G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, n. 76(2), 1968.
- BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, 1998.
- BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020.
- BONCHI, F., GIANNOTTI, F., MAINETTO, G. y PEDRESCHI, D., “A classification-based methodology for planning audit strategies in fraud detection”, *KDD '99: Proceedings of the fifth ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, 1999. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/312129.312224> (Consultado el 6 de abril de 2020).
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA, *Risk Management Guide for Tax Administrations*, Bruselas, 2006. Disponible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax_cooperation/gen_overview/risk_management_guide_for_tax_administrations_en.pdf.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco. Sobre la Inteligencia Artificial - Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, Bruselas, 2020.
- COTINO HUESO, L., “Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data”, Bauzá Reilly, M. (dir.), *El Derecho de las Tics en Latinoamérica*, La Ley, Uruguay, 2019.
- COTINO HUESO, L., “Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- COTINO HUESO, L., “«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*, n. 4, 2020.
- CRAWFORD, K. y SCHULTZ, J., “Big data and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms”, *Boston College Law Review*, n. 55 (1), 2014.
- FERNÁNDEZ, C.B., “Primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos”, *Diario la Ley*, 13 de febrero de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAYnDa3NDJUKO-stKs7Mz7M1MjACC6r15aekhrG425bmpaSmZealpoCUZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUp6qJJuXnZ6OYFA8zAQCfSdkrYwAAAA==WKE>.

Regap



ESTUDIOS

- FREEMAN, K., “Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in *State v. Loomis*”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, n. 18, 2016.
- GILL, P., *Rounding up the usual suspects?: developments in contemporary law enforcement intelligence*, Ashgate, Aldershot, 2020.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano, 2000.
- GONZÁLEZ ESPEJO, M.J., “Sector público y algoritmos: Transparencia o un poco más de paciencia”, *Diario la Ley*, Wolters Kluwer, 19 de febrero de 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIA-AAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNDEyMTNTKostKs7Mz7M1MjACCvq5eWnpIa4ONuW5qWkpmXmpaaAlGSmVbrkJ4dUFqTapiXmFKeqpSbl52ejmBQPMwEAZnEi5GMAAAA=WKE>.
- GT29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 2016 (Adoptadas el 3 de octubre de 2017).
- GUPTA, M. y NAGADEVARA, V., “Audit Selection Strategy for Improving Tax Compliance – Application of Data Mining Techniques”, *Foundations of E-Government – Conference Proceedings, 11th International Conference on e-Governance*, Hyderabad, India, 2007.
- HARDT, M., “How big data is unfair”, *Medium*, 26 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>.
- MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso *State vs. Loomis*”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n. 20, 2018.
- OCDE, *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, OECD Press, París, 2004.
- OCDE, *Best Practice Principles for Regulatory Policy Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Press, París, 2014.
- OCDE, *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, OECD Press, París, 2018.
- PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, Díez Sánchez, J.J. (coord.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: La función inspectora*, INAP, Madrid, 2013.
- RIDEMAR, A., *Decision Support for SWEA Inspections*, Kth Royal Institute of Technology School of Electrical Engineering and Computer Science, Stockholm, 2018. Disponible en: <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1238767/FULLTEXT01.pdf> (Consultado el 6 de abril de 2020).
- RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- SANDERS, C.B. y SHEPTYCKI, J., “Policing, crime and big data: towards a critique of moral economy of stochastic governance”, *Crime Law Soc Change*, n. 68, 2017.
- SRINIVASAN, T.N., “Tax Evasion: A model”, *Journal of Public Economics*, n. 2, issue 4, 1973.

- TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 84, 2018.
- UPIT, *Estudio sobre el estado y actividad de la ITSS*, Madrid, 2014. Disponible en: <http://upit.es/web/index/show/id/36> (Consultado el 6 de abril de 2020).
- WATKINS, R.C., REYNOLDS, K.M., DEMARA, R., GEORGIPOULOS, M., GONZÁLEZ, A. y EAGLIN, R., “Exploring Data mining technologies as tools to investigate money laundering”, *Journal of Policing practice and research: An international Journal*, n. 4(2), 2013.
- YITZHAKI, S., “Income tax evasion: A theoretical analysis”, *Journal of Public Economics*, n. 3, issue 2, 1974.

Regap



ESTUDIOS

A carreira profesional dos
profesionais sanitarios:
antecedentes normativos e
tendencias de desenvolvemento

La carrera profesional de los profesionales sanitarios: antecedentes normativos y tendencias de desarrollo

The professional career
of health professionals:
regulatory background and
development trends

59
Regap

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

Abogada
ldelaiglesiaaza@gmail.com

Recibido: 14/05/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4339>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Estudo evolutivo da carreira profesional no sistema de función pública español, con especial referencia ao marco legal actual. Céntrase no sistema de carreira profesional do persoal estatutario dos servizos de saúde pública no Estado español, con mención especial ao ámbito da Comunidade Autónoma galega tras a Sentenza do Tribunal Superior de Galicia que anula parcialmente o sistema instaurado mediante a Orde do 20 de xullo de 2018.

Palabras clave: Carreira profesional, empregados públicos, persoal estatutario, Galicia.

Resumen: Estudio evolutivo de la carrera profesional en el sistema de función pública español, con especial referencia al marco legal actual. Se centra en el sistema de carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud pública en el Estado español, con mención especial al ámbito de la Comunidad Autónoma gallega tras la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia que anula parcialmente el sistema instaurado mediante la Orden de 20 de julio de 2018.

Palabras clave: Carrera profesional, empleados públicos, personal estatutario, Galicia.

Abstract: Evolutionary study of the professional career in the Spanish civil service system, with special reference to the current legal framework. It focuses on the professional career system of the statutory staff of public health services in Spain, with special mention to Galician's system after the Judgment of the High Court of Galicia that partially cancels the system established by the Order of July 20, 2018.

Key words: Professional career, civil service system, public health services staff, Galicia.

SUMARIO: 1 Los sistemas de valoración del desarrollo profesional en el ámbito de los empleados públicos. Una perspectiva histórica. 2 El Estatuto básico del empleado público y la Ley de la función pública de Galicia como marco general. 3 La carrera profesional del personal estatutario en los antecedentes histó-

ricos del actual sistema. 4 El régimen vigente: el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. 5 La carrera profesional de las profesiones sanitarias en la Comunidad Autónoma de Galicia. 6 Situación actual. 7 Conclusiones y propuestas de mejora.

1 Los sistemas de valoración del desarrollo profesional en el ámbito de los empleados públicos. Una perspectiva histórica

El especial régimen retributivo de los empleados públicos tiene en España una tradición centenaria cuyas iniciales referencias se remontan al Real decreto de 18 de julio de 1852 de Bravo Murillo¹, que clasificaba a todos los empleados de la «Administración activa» del Estado en cinco categorías: jefes superiores, jefes de administración, jefes de negociado, oficiales y aspirantes a oficial (que posteriormente serán denominados auxiliares). Dentro de estas categorías distinguía escalones de sueldos, que las disposiciones de desarrollo denominarían a veces «clases». Aparte de los subalternos, que no tenían el carácter de empleados públicos para los efectos de este decreto, la carrera de los funcionarios quedaba articulada en cinco categorías y dieciséis escalones².

Con posterioridad a esta norma, se realizaron diversos intentos de regulación, siendo uno de los más señalados el Real decreto de 4 de marzo de 1866³, debido al Gobierno presidido por O'Donnell, que aprueba el Reglamento orgánico de las carreras civiles de la Administración pública, pero su vigencia limitada a cuatro meses motiva que no se requiera una referencia más pormenorizada.

Con estos limitados antecedentes, además de con las referencias a la función pública establecidas en las leyes de presupuestos del año 1876, se llega a la Ley de bases de 22 de julio de 1918, acerca de la condición de los funcionarios de la Administración civil del Estado⁴, el denominado “Estatuto de Maura”. Así, en su base primera, tras señalar la coexistencia del personal técnico y el auxiliar, fijaba las dotaciones concretas que corresponderían a cada tipo de funcionarios. En ejecución de esta norma, se publicó el Real decreto de 7 de septiembre de 1918⁵, que aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley de bases de 22 de julio último a los cuerpos generales de la Administración civil del Estado y al personal subalterno de esta. En ambas normas se establecía un sistema de retribuciones en el que se determinan cantidades globales anuales para cada categoría.

Tras estas normas, constan pocas referencias normativas a las retribuciones del personal al servicio de las administraciones públicas. Destacan el Real decreto-ley de

¹ *Gaceta de Madrid*, n. 6572, de 20 de junio de 1852, pp. 1 y 2.

² GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, n. 210-211, mayo-septiembre 1987, pp. 29 a 70.

³ *Gaceta de Madrid*, de 19 de marzo de 1866, p. 4.

⁴ BOE n. 175 de 23 de julio de 1963, pp. 11141 a 11144.

⁵ *Gaceta de Madrid* n. 251 de 8 de septiembre de 1918, pp. 646 a 655.

16 de diciembre de 1929⁶ sobre anticipos a los funcionarios públicos, que se limitaba a este aspecto retributivo; y la Ley municipal de 31 de octubre de 1935⁷, en cuyo título III, referido a la Administración municipal, se hace una somera referencia a los funcionarios integrantes de esta⁸.

Nuevamente, es de suponer que, como consecuencia del convulso periodo histórico, se obvia cualquier referencia a los derechos retributivos de los funcionarios públicos en la Ley de 1 de octubre de 1936 por la que se establece la organización administrativa a la que debe ajustarse la nueva estructura del Estado, cuya exposición inicial expresamente establece que tiene carácter provisional “... *como anuncio de la permanente a establecerse una vez dominado todo el territorio nacional*”. Tampoco se encuentran mayores referencias en la Ley de 30 de enero de 1938⁹, que modificó la Administración central del Estado, ni en la posterior de 29 de diciembre de 1938¹⁰, que efectuó modificaciones en esta, texto que fue nuevamente alterado por la Ley de 8 de agosto de 1939¹¹ de modificación de la Administración central del Estado.

Sí se encuentra normativa referida a los derechos retributivos del personal al servicio de la Administración en la Ley de 10 de febrero de 1939¹² sobre depuración de funcionarios públicos, que suspendía los derechos retributivos de los funcionarios hasta la “*investigación de la conducta seguida, en relación con el Movimiento Nacional, por los funcionarios públicos que de él dependan y que se encontraran en los territorios nacionales recién liberados y en los que se vayan liberando*”. Esta norma se complementó con la Orden de 1 de abril de 1939¹³, que daba instrucciones para la aplicación de la Ley de 10 de febrero de 1939 sobre depuración de funcionarios públicos al personal sanitario, norma que exime de la inmediata suspensión de sueldo y funciones hasta la investigación de su conducta a los funcionarios sanitarios. Estas instrucciones en las que se excepcionaba al personal sanitario tenían su fundamento en la carencia de suficiente personal con tal formación, por lo que su inmediata suspensión supondría un coste inasumible para una población enferma y con lesiones derivadas de la contienda.

No es hasta la Ley de funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964¹⁴ y la posterior Ley de retribuciones de los funcionarios de la Administración civil del Estado, de 4 de mayo de 1965, Ley 31/1965¹⁵, cuando se desglosaron los conceptos retributivos en sueldo base, complementos de sueldo y otras retribuciones. Se suprimía

⁶ *Gaceta de Madrid* n. 351 de 17 de diciembre de 1929, pp. 1722 a 1725. Corrección de errores *Gaceta de Madrid* n. 361 de 27 de diciembre de 1929.

⁷ *Gaceta de Madrid* n. 305 de 1 de noviembre de 1935, pp. 898 a 919.

⁸ Legislación municipal de 31 de octubre de 1935 precedida de una introducción histórica y de la Ley de bases de 10 de julio anterior, anotada y concordada con formularios y referencias legales y prácticas; prólogo del Excmo. Sr. Conde de Romanones, Madrid, Editorial Góngora, 1936.

⁹ BOE n. 467 de 31 de enero de 1938, pp. 5514 a 5515.

¹⁰ BOE n. 183 de 31 de diciembre de 1938, pp. 3216 a 3217.

¹¹ BOE n. 221 de 9 de agosto de 1939, pp. 4326 a 4327.

¹² BOE n. 45 de 14 de febrero de 1939, pp. 856 a 859.

¹³ BOE n. 92 de 2 de abril de 1939, p. 1889.

¹⁴ BOE n. 40 de 15 de febrero de 1964, pp. 2045 a 2055.

¹⁵ BOE n. 107 de 5 de mayo de 1965, pp. 6438 a 6453.

así el sistema de categorías, vigente desde el “Estatuto Maura” de 1918, y se definía la situación profesional del funcionario en virtud del cuerpo de pertenencia y el puesto concreto que ocupaba en cada momento. Así, conforme a la propia exposición de motivos de la norma: *“El nuevo sistema establecido por los cuerpos legales citados (...) acaba con los sueldos calculados sobre las desaparecidas categorías administrativas, y en su lugar establece un sueldo-base igual para todos los funcionarios, un coeficiente multiplicador de ese sueldo-base que determinará el sueldo que corresponde a cada cuerpo de funcionarios; unos trienios, que son el pago a la antigüedad en el servicio, y un complemento familiar que se concede en proporción a las cargas familiares que el funcionario debe mantener. Además, y en los casos especiales que las normas citadas contemplan, se crean otros posibles complementos de sueldo y remuneraciones que vienen a completar los derechos económicos del funcionario”*.

Para lo que aquí interesa, como sistema de retribución del desempeño, ha de estar a la regulación que se ofrece de los complementos de sueldo. Estos, tal y como se refiere a ellos Nieto García¹⁶, tienen un carácter discrecional, frente al carácter reglado del sueldo, y excepcional, en cuanto a complemento de la retribución básica. Inicialmente serían los de destino, dedicación especial y familiar conforme se regula en los artículos 5 y 8, pero se produjo un desordenado desarrollo de su configuración que dio lugar a la coexistencia de una larga serie de complementos creados por vía reglamentaria¹⁷.

Entre ellos, el complemento de dedicación especial, que por nomenclatura parecería poder acoger la retribución del desarrollo de carrera, y que se definía en la Ley de funcionarios civiles del Estado (artículo 99) como el que se puede conceder:

“a) A aquellos funcionarios a los que se exija una jornada de trabajo mayor que la normal.

b) A los funcionarios que se acojan al régimen de dedicación exclusiva al servicio de la Administración”.

No mantenía por tanto relación con el desarrollo de la carrera.

Fue en el apartado referido a otras retribuciones donde se encontraba un inicial desarrollo de la carrera profesional. Así, dentro de este apartado se regulaban los incentivos, que, conforme a la regulación contenida en el artículo 101.4 de la Ley de funcionarios civiles del Estado: *“... remunerarán un rendimiento superior al normal en el trabajo y se establecerán cuando la naturaleza del servicio permita señalar primas a la productividad”*.

Con posterioridad, el Decreto 889/1972¹⁸, de 13 de abril, por el que se regulaban las retribuciones complementarias de los funcionarios de la Administración civil del Estado, reitera tal conceptualización en su artículo 10, pero sin realizar el superior desarrollo que se presupone a una norma reglamentaria; así, dice: *“Los incentivos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101,4 de la Ley de funcionarios civiles del Estado,*

¹⁶ NIETO GARCÍA, A., “La retribución de los funcionarios en España”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1967, pp. 38 y siguientes.

¹⁷ JUNQUERA GONZÁLEZ, J., GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Las retribuciones de los funcionarios públicos”, *Asociación Española de Administración Pública*, n. 1, 1979, pp. 73 y ss.

¹⁸ BOE n. 90 de 14 de abril de 1972, pp. 6646 a 6649.

remunerarán un rendimiento superior al normal en el trabajo y se establecerán cuando la naturaleza del servicio permita primas a la productividad”.

Conforme a este sistema, la fijación de tales incentivos correspondía a las juntas de retribuciones de los ministerios, que debían realizar una distribución del crédito global que para este concepto se asignaba a cada departamento ministerial¹⁹.

No es hasta el Real decreto-ley 22/1977²⁰ de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración civil del Estado y personal militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire cuando el concepto retributivo de “carrera administrativa” se acuña. Pretendía remunerar individualmente al funcionario según la naturaleza de los trabajos y puestos desarrollados. El sistema partía de un grado inicial, determinado por la preparación técnica requerida para cada trabajo desempeñado, como exigencia superior a la propia de titulación para el ingreso en los cuerpos correspondientes. La permanencia durante cinco años determinaba la consolidación del grado y el pase al inmediatamente superior y con la adquisición de cada grado se accedía al percibo de una nueva cantidad fija mensual. Este sistema, sin embargo, nunca llegó a aplicarse, tanto por lo complejo de su configuración como por el incremento del gasto público que implicaba. Resulta evidente que la necesidad de valorar la carrera profesional ya existía, pero las limitaciones presupuestarias, como en tantas otras ocasiones, imposibilitaron la aplicación.

La Ley 30/1984²¹, de medidas para la reforma de la función pública, derogó el régimen retributivo anterior, regulando las retribuciones de los funcionarios en los artículos 23 y 24, si bien con una intención de concreción y seguidista del anterior sistema. Así, el artículo 23 reiteraba la existencia de tres tipos de retribuciones básicas (el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias), y mantenía la existencia de las retribuciones complementarias (complemento de destino, específico y de productividad) y de las gratificaciones por servicios extraordinarios.

Aunque no se realizaban referencias a la carrera profesional, sí se trasluce la futura importancia de esta en su exposición de motivos, en la que ya se establece la intención de efectuar una relación directa entre el desempeño del puesto de trabajo y las retribuciones: *“La ley modifica, por ello, el actual sistema de retribuciones, estableciendo con claridad una primacía importante para aquellas que van ligadas al desempeño del puesto de trabajo”.*

En cuanto a la promoción profesional, establecía el ingreso en la función pública en un cuerpo definido, regulando las relaciones de puestos de trabajo los cuerpos que pueden desarrollar cada concreto puesto. Dentro de cada uno de los cinco grupos (A a E), se podía acceder a un intervalo de niveles (globalmente, de 1 a 30), que es lo que determinaba la cuantía del complemento de destino. Por tanto, el paso de unos a otros suponía lo que la propia norma denominaba carrera administrativa y promoción profesional. La consolidación de grado requería el desempeño durante

¹⁹ GARCÍA TREVIJANO, J.A., “Tratado de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Privado*, tomo III, volumen II, Madrid, 1970, pp. 66 y ss.

²⁰ BOE n. 83 de 7 de abril de 1977, pp. 7764 a 7768.

²¹ BOE n. 185 de 3 de agosto de 1984, pp. 22629 a 22650.

dos años continuados o tres sucesivos de puestos correspondientes a tal nivel. Este sistema coexistió con el propio de la promoción interna para el ascenso al cuerpo o escala inmediatamente superior²².

2 El Estatuto básico del empleado público y la Ley de la función pública de Galicia como marco general

El Texto refundido del Estatuto básico del empleado público de 2007²³ supuso el intento de crear un marco común para todos los empleados públicos, con independencia del concreto vínculo de sujeción a la Administración, pero no constituye un texto completo, sino que requiere obligatoriamente el desarrollo por las diferentes administraciones territoriales, tal y como expresamente contempla el artículo 6.

La afirmación de que supone un marco común para todos los empleados públicos se sustenta en la amplia configuración del artículo 2 del EBEP, no alterada en el Texto refundido de 2015²⁴, que en cuanto a su aplicabilidad al personal estatutario establece: “3. *El personal docente y el personal estatutario de los servicios de salud se regirán por la legislación específica dictada por el estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84*”.

Esta complicada redacción parece mantener la aplicabilidad a este personal de la regulación contenida en el artículo 20 del EBEP, evaluación del desempeño; 22.3, retribuciones complementarias referidas a las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados; 24, retribuciones complementarias y 84, movilidad voluntaria entre administraciones públicas.

La necesidad de desarrollo por normas territoriales que contempla el artículo 6 no implica que no se efectúe una regulación genérica común. Así, para los funcionarios establece la estructura de las retribuciones complementarias, con someros criterios en cumplimiento del mandato constitucional correspondiente a su carácter de norma básica. Realiza un planteamiento general, estableciendo unas mínimas regulaciones de obligatorio respeto, planteamiento novedoso que ha sido acogido con posiciones muy extremas o ha sido bienvenido como: “*el revulsivo que nuestro empleo público necesita para avanzar hacia una Administración más cercana al ciudadano y que complete el inacabado círculo desempeño-control-recompensa, entendidos ambos extremos en sus más amplios términos*”²⁵ Padilla Ruiz; o ha sido demonizado por quienes entienden

²² GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “La carrera administrativa en España: Evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, n. 210-211, mayo-septiembre de 1987, pp. 29 a 70. CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo de la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 16 y ss. PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo I. Introducción, organización administrativa, empleo público*, 26.ª ed., UNED, Ed. Académicas, Madrid, 2017, pp. 525 y ss. PIÑAR MAÑAS, J.L., “El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, n. 111, 1986, pp. 371 y ss.

²³ BOE n. 89 de 13 de abril de 2007, pp. 16270 a 16299 (EBEP).

²⁴ BOE n. 261 de 31 de octubre de 2015, pp. 103105 a 103159.

²⁵ PADILLA RUIZ, P., *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016, pp. 74.

que reitera las apreciaciones subjetivas del desempeño, con incertidumbre sobre el cumplimiento de las garantías de los derechos de los empleados públicos²⁶.

Contiene una previsión interesante, en cuanto a aquí se refiere, en la disposición transitoria primera, la denominada garantía de derechos retributivos, que dice: “1.- *El desarrollo del presente estatuto no podrá comportar para el personal incluido en su ámbito de aplicación la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre*”.

Reconoce, por tanto, la posible existencia previa de sistemas de carrera, optando por garantizar los derechos que de estos se hayan generado. Esta garantía es más teórica que real, dado que, pese a los anteriores intentos de establecer un sistema de retribución vinculado al efectivo desempeño, no se había llegado a materializar, más allá de la regulada progresión en el grado profesional.

Es en el artículo 16 donde se realiza una inicial aproximación al concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera. Para ello determina que se entiende por carrera profesional “*el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad*”. Prosigue en el apartado 3 del mismo artículo derivando a las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del propio EBEP la concreta regulación, efectuando una enumeración, con carácter abierto, que incluye:

a) *Carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo...*

b) *Carrera vertical, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión...*

c) *Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo, o grupo de clasificación profesional en el supuesto de que este no tenga subgrupo, a otro superior...*

d) *Promoción interna horizontal, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional...*

Expresamente se contempla en el propio artículo la posibilidad de simultanear las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando ambas se hayan implantado para un mismo ámbito. Esta configuración no se efectúa como norma cerrada, limitándose a establecer una serie de posibilidades que cada Administración territorial deberá desarrollar.

La ubicación de este artículo en el título III del EBEP “*Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos*” y dentro de este en el capítulo II “*Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño*” determina su configuración como un derecho del empleado público, lo que parece implicar la

²⁶ FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Estatuto Básico y carrera funcionarial”, Linde Paniagua, E. (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 177 y ss.

obligación de las legislaciones de cada Administración pública de proceder a su desarrollo²⁷. Históricamente supone el primer reconocimiento de la promoción profesional como un derecho individual del funcionario, impidiendo así desarrollos normativos por las administraciones territoriales que pudiesen pretender obviarlo.

Lo configura además como un derecho que debe respetar en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad que el artículo 103.3 de la Constitución limitaba hasta ese momento al acceso a la función pública. Con esta aproximación se realiza una concesión a las reivindicaciones históricas de los interlocutores sociales, estableciendo finalmente un sistema de carrera profesional con, al menos, un intento de garantías de imparcialidad. Se trata de un sistema que, por primera vez, vincula las posibilidades de promoción profesional al desempeño profesional personal y a la consecución de los objetivos de la propia Administración²⁸.

El respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad que contempla el artículo 16 como rectores de la carrera profesional implica la necesidad de efectuar una evaluación del desempeño, tal y como relaciona el artículo 20.3 al decir que “*Las administraciones públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal...*”.

El desarrollo efectuado por el EBEP de este derecho continúa su configuración en el artículo 17, ya limitado a la carrera horizontal de los funcionarios de carrera. Deberá configurarse mediante un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso, con diferente remuneración, y que dependerá de la valoración de la trayectoria y actuación profesional, calidad de los trabajos realizados, conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño, como mínimo. Tal evaluación da lugar a continuar desarrollando la misma función, sin cambio en el puesto de trabajo, pero con un incremento de retribuciones anudado al cambio de grado, categoría o escalón²⁹.

Nuevamente hay que recordar el carácter abierto del EBEP en cuanto a norma básica, que motiva que no se proceda a una delimitación más allá de las características esenciales de la carrera horizontal. Y el sistema establecido en el artículo 16, en que coexiste la tradicional posibilidad de carrera vertical, mediante el ascenso, con un innovador sistema de carrera horizontal mediante la progresión de los diversos escalones del propio puesto, vinculando el paso al superior al desarrollo de competencias y al rendimiento.

El mismo carácter abierto se otorga a los sistemas de promoción interna contemplados en el artículo 18, en cuanto a sistema de promoción vertical nuevamente sometido al acatamiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y con una limitación temporal de dos años de permanencia en el puesto. El punto de partida lo

²⁷ DE MIGUEL PAJUEL, F., “Artículo 16. Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera”, Palomar Olmeda, A. (dir.), Sempere Navarro, A.V. (dir.) y Quintanilla Navarro, R.Y. (coord.), *Comentario a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 171 a 180.

²⁸ NIETO ROJAS, P., “La evaluación del desempeño. Una Herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos”, *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008*, vol. 2, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2009, pp. 405-423.

²⁹ GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “El sistema de retribución por complementos”, *Documentación Administrativa*, n. 101-102, 1987, pp. 69 a 80.

establece la disposición adicional 10.^a, al determinar: “... *la carrera profesional de los funcionarios de carrera se iniciará en el grado, nivel, categoría, escalón y otros conceptos análogos correspondientes a la plaza inicialmente asignada al funcionario tras la superación del correspondiente proceso selectivo, que tendrá la consideración de mínimos. A partir de aquéllos, se producirán los ascensos que procedan según la modalidad de carrera aplicable a cada ámbito*”.

Sí se establece el mandato a las administraciones públicas territoriales para que adopten “... *medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional*”. Para ello, el artículo 22 del EBEP realiza una definición de las retribuciones complementarias como: “... *las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento, resultados alcanzados por el funcionario...*”.

En un sentido parecido, el artículo 24 establece que los complementos retributivos se basan en la “... *progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa*”. Se configuran, por tanto, las retribuciones complementarias en íntima conexión con el concreto puesto de trabajo y la actuación real del funcionario en el desarrollo de la posición³⁰.

Establece este artículo unos criterios básicos para el desarrollo territorial de las retribuciones complementarias. Así, se pretende fijar dentro de cada categoría una serie de tramos por los que puede progresar el funcionario, previa evaluación de su desempeño y sin necesidad de proceder a un cambio de puesto. Supone, por consiguiente, un incentivo económico al buen hacer en el desarrollo de las funciones que le son propias.

La configuración concreta de las retribuciones complementarias se difiere a las administraciones territoriales, previa negociación con las representaciones de los funcionarios, dado que en el artículo 37 del EBEP se conforma como una de las materias que requiere negociación previa.

En cuanto a la implantación de este modelo, se demora en el artículo 17 al desarrollo por las leyes de las respectivas administraciones, si bien con sometimiento a unos criterios básicos establecidos en el EBEP y que determinan la articulación de un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso que valoren la trayectoria y actuación profesional, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño, siendo por tanto una reiteración de lo establecido en la disposición adicional décima.

La enumeración de criterios evaluables no se configura como un sistema de *numerus clausus*, permitiendo la incorporación por las administraciones que deben desarrollarlo de otros cuando la concreta función así lo determine³¹. Tal y como señala Míguez Macho³²: “*En su condición de legislación básica estatal, el estatuto presenta la*

³⁰ LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41, 2005, pp. 141 y ss.

³¹ DE MIGUEL PAJUEL, F., “Artículo 16. Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera”, cit., pp. 171 a 180.

³² MÍGUEZ MACHO, L., “O desenvolvemento legislativo do Estatuto básico do empregado público en tempos de crise: a nova Lei do emprego público de Galicia”, *Revista Galega de Administración Pública. Monográfico: Empleo Público*, n. 49, enero-junio

característica, poco frecuente en este tipo de normas, de que únicamente contiene disposiciones de carácter básico, con lo cual su desarrollo no sólo tiene que ser llevado a cabo por el legislador autonómico, sino también por el legislador estatal para su propio ámbito. Como consecuencia de esto, tal y como señala la exposición de motivos del estatuto, el régimen de la función pública estatal deja de ser un modelo de referencia y cada uno de los legisladores competentes en este terreno está llamado a diseñar su modelo de organización y gestión del empleo público”.

La determinación del modelo aplicable se tiene que efectuar, en todo caso, mediante la opción por todos o algunos de los sistemas previamente enumerados en el EBEP. Además, tal y como establece el artículo 20³³, mientras no se proceda a tal opción, con el consiguiente despliegue, la legislación anterior seguirá en vigor, dado que el articulado del EBEP solamente adquiere plena vigencia con su desarrollo. Por ello, que transcurriesen ocho años entre la aprobación del texto inicial del EBEP y la promulgación de la Ley del empleo público de Galicia³⁴ resulta llamativo, máxime cuando su antecedente es el Decreto legislativo 1/2008 por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia³⁵, aprobado ya promulgado el EBEP.

Como hemos dicho, este desarrollo derivado, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, se ha efectuado mediante la Ley 2/2015 de la función pública de Galicia, cuyo objeto se establece en el artículo 1 en los siguientes términos:

“La presente ley tiene por objeto la regulación del régimen jurídico de la función pública gallega y la determinación de las normas aplicables a todo el personal al servicio de las administraciones públicas incluidas en su ámbito de aplicación, en ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Galicia en su Estatuto de autonomía y en desarrollo del Estatuto básico del empleado público”.

Tal desarrollo está limitado por el sistema de competencias establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución, por lo que se tiene que hacer de forma coherente con el EBEP. A lo que no estaba obligado el texto gallego era a la reproducción literal, en esta parte, de la estructura del texto nacional. Así, la regulación de la carrera profesional se efectúa dentro del título VI, derechos y deberes individuales de los funcionarios. Este título es el más extenso y complejo de la ley, estructurándose en tres capítulos: disposiciones generales; promoción profesional y valoración del desempeño y movilidad del personal funcionario. Es en el capítulo II, referido a la promoción profesional y

de 2015, pp. 75 a 98.

³³ Artículo 20. La evaluación del desempeño.

1. Las administraciones públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados.

La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

3. Las administraciones públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente estatuto.

5. La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del apartado c) del artículo 24 del presente estatuto y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo.

³⁴ DOG n. 82 de 4 de mayo de 2015, pp. 17003 a 17193; BOE n. 123 de 23 de mayo de 2015, pp. 43530 a 43656.

³⁵ DOG n. 114 de 13 de junio de 2008, pp. 11359 a 11389; BOE n. 167 de 11 de julio de 2008, pp. 30446 a 30470.

evaluación del desempeño, en donde se debería encontrar la concreción de las modalidades de carrera profesional, pero el artículo 75 enumera todas las posibilidades de la ley nacional, contemplando la carrera horizontal, la carrera vertical, la promoción interna horizontal y la promoción interna vertical, pero derivando el régimen concreto al desarrollo reglamentario.

Por tanto, el texto ha optado por no realizar concreciones al régimen contemplado en el EBEP, regulando los principios básicos de su desarrollo, pero procediendo a diferir la regulación pormenorizada al ámbito reglamentario. Estos principios básicos, como no podía ser de otra manera, respetan la configuración legal del EBEP, y reiteran que la valoración se deberá efectuar como evaluación individualizada de cada empleado y no global de las unidades administrativas, lo que se deberá llevar a cabo mediante criterios y procedimientos de carácter objetivo.

La propia exposición de motivos, ante la novedad que supone la inclusión de la carrera horizontal, así como el mantenimiento de los sistemas más tradicionales, retrasa la efectividad de este apartado hasta su desarrollo pormenorizado por vía reglamentaria, dada la necesaria adaptación a cada uno de los ámbitos de la función pública. Por ello, la normativa gallega, en lo referido a la carrera profesional, supone la reiteración de la normativa nacional, sin que se proceda a concretar el régimen por el que se opta.

Parte como base de la delimitación en el artículo 76 del concepto de itinerarios profesionales como “... *el conjunto de cuerpos y escalas de los distintos grupos y subgrupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera que conforman un área de competencias, capacidades, conocimientos y formación comunes y que habilitan para el ejercicio de una profesión en el ámbito de la Administración especial o de un conjunto de actividades administrativas en el ámbito de la Administración general*”. Configurando así la carrera profesional horizontal a partir de la existencia de tres categorías profesionales, de ingreso, media y superior, divididas cada una de ellas en tres grados de ascenso a los que va vinculado el complemento retributivo de carrera que crea la propia ley. El acceso se efectuará en todo caso en la categoría de ingreso y en el grado inferior de esta, determinando el paso de una categoría el logro del grado superior de la misma, y, salvo supuestos excepcionales, el itinerario se efectuará de manera consecutiva.

El progreso en la carrera se efectúa teniendo en cuenta la antigüedad en el grado o categoría, la evaluación positiva del desempeño profesional, los conocimientos adquiridos y otros méritos y aptitudes referidos a la especificidad de la función desarrollada y la experiencia. La valoración del desempeño, como concepto nuevo incluido en el EBEP, se exporta a la Ley del empleo público de Galicia, pero derivando su configuración a normas reglamentarias que realicen la concreción sobre los principios ya expuestos: evaluación individualizada mediante criterios objetivos.

Como garantía, se establece el carácter irreversible de la progresión en la carrera horizontal, con excepción de los casos de sanción disciplinaria de demérito, conforme establece el artículo 76 de la ley. Todo ello manteniendo la compatibilidad entre la carrera horizontal y vertical, al permitirse la progresión simultánea en ambas.

Regap



ESTUDIOS

En cuanto a la promoción interna vertical, se establece una reserva del 25% de las plazas a cubrir para el personal de la categoría y grado inferior, si bien con la limitación de la titulación y la permanencia mínima de dos años en el puesto anterior. Además, se establece una preferencia del personal que haya accedido a la nueva categoría por promoción interna en la elección de puesto frente a los que hayan concurrido al mismo procedimiento mediante el turno libre. A la promoción interna horizontal se la dota de un sistema equivalente.

Por tanto, el sistema de carrera profesional que se establece tiene su piedra angular en la evaluación del desempeño, mediante la que “... *se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados de los empleados públicos*” (artículo 83), pero el establecimiento de los sistemas concretos de evaluación se difiere al desarrollo reglamentario. Para su configuración se contempla expresamente la participación de las organizaciones sindicales y, teniendo como objetivo preservar los principios de igualdad, mérito y capacidad, de obligado respeto, se constituyen órganos especializados dotados de autonomía funcional para la realización de la evaluación.

De entre los criterios que el artículo 84 establece para proceder a la evaluación, con carácter obligatorio se tendrá que valorar el grado de cumplimiento de los deberes profesionales de los empleados públicos, el grado de interés, iniciativa y esfuerzo con los que realicen su trabajo y, en particular, la implicación de los mismos en la actualización y perfeccionamiento de su cualificación profesional. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados todos ellos donde los haya.

Se establece como criterio necesario la medición de la contribución individual de cada empleado público, en el marco de la evaluación de la unidad administrativa en la que preste sus servicios, a la consecución de los objetivos de la unidad y a la mejora de la organización y gestión a través de la participación en procesos de innovación y de buenas prácticas en favor de la excelencia y la normalización y racionalización de procesos.

Se pretende así huir de los sistemas de evaluación globales de las unidades administrativas, individualizando la colaboración de los empleados públicos en la consecución de los objetivos.

Una evaluación positiva da lugar a la consecución de una retribución complementaria regulada en el artículo 137 segunda, c), el complemento de desempeño, cuya cuantía global se establecerá anualmente en la Ley de presupuestos generales en relación con los costes globales de personal de cada programa y cada órgano. La asignación concreta responderá a criterios objetivos, reglamentariamente establecidos, con la obligatoria participación de los órganos de representación del personal.

Esto supone la modificación del sistema de retribuciones complementarias, modificación que la propia exposición de motivos ya establece como de gran calado, y ello por cuanto el “... *complemento de destino se sustituirá por un nuevo complemento de carrera, ligado a la progresión en la carrera horizontal, mientras el complemento específico se convertirá en un complemento de puesto de trabajo, vinculado a las características de este y estructurado en dos componentes: uno de dedicación y otro competencial. Por*

su parte, el complemento de productividad dejará paso al complemento de desempeño, dependiente de la evaluación de este último”.

Todos estos cambios se postergan al momento de la implantación efectiva del sistema de carrera, como establecen las disposiciones transitorias octava, novena y décima. En estas se establece el mantenimiento de los 30 niveles preexistentes hasta que se produzca el efectivo desarrollo, conforme a las previsiones expresas contenidas en los diversos apartados de tales disposiciones, siendo las equivalencias temporales básicas entre el complemento retributivo de carrera previsto en la nueva ley y el complemento de destino que figurará en las relaciones de puestos de trabajo y será igual para todos los puestos del mismo nivel; y entre el nuevo complemento retributivo de puesto de trabajo y el complemento específico existente a la entrada en vigor de la norma, como complementos que retribuyen “... *las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad*”.

Hasta la entrada en vigor del procedimiento de evaluación del desempeño, el complemento retributivo previsto en la nueva norma será sustituido por un complemento de productividad cuyas circunstancias se regulan en la disposición transitoria décima. La regulación por la que se ha optado en Galicia constituye la reiteración de las previsiones del EBEP; no se ha efectuado una apuesta clara por ninguno de los sistemas contenidos en este, sino que se ha procedido a reproducir su contenido. Todo ello con la constante referencia a los posteriores desarrollos reglamentarios como vía para la concreción del sistema. ¿Podría esta fórmula legislativa entenderse como vulneradora de la reserva de ley? Posiblemente esta conclusión sea exagerada, pero no hay duda de que el reglamento no es el instrumento jurídico más adecuado para establecer una realidad tan compleja como la carrera profesional.

3 La carrera profesional del personal estatutario en los antecedentes históricos del actual sistema

Tal y como se recoge en el trabajo de Parrilla Valero³⁶, “*Hasta el siglo XIX no hubo en España una organización sanitaria municipal estable. Aunque desde la Edad Media se conoce la existencia de las Juntas Locales de Sanidad (Juntas del Morbo, o morbería), se trataba de órganos no permanentes, formados por varios de los regidores del municipio y algún médico, cuya función era luchar contra las epidemias. El carácter de estas primeras juntas era más de policía sanitaria (orden público) que de salud pública (saneamiento)*”.

Pese a lo remoto de estos antecedentes, la pretensión de regulación inicial tuvo como base la Constitución de Cádiz de 1812³⁷, que otorgaba a los ayuntamientos las funciones de “*policía de salubridad, y de comodidad y cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia*”. Mediante la Instrucción sanitaria de 1813 se desarrolló, concediendo a los ayuntamientos el carácter de máxima

³⁶ PARRILLA VALERO, F., “En busca del origen de los farmacéuticos titulares”, *Gaceta Sanitaria*, n. 23 (I), 2009, pp. 72 a 75.

³⁷ Cádiz, Imprenta Real, 19 de marzo de 1812.

autoridad en materia de vigilancia de la salud de la población³⁸. Ya durante el trienio liberal, en 1821, se aprobó el Reglamento general de beneficencia³⁹, que otorgaba a los ayuntamientos la responsabilidad en materia de casas de maternidad, lactancia, educación infantil, casas de socorro, socorro domiciliario y hospitalidad pública. En 1822 tiene lugar el primer intento de regulación mediante una ley sanitaria estatal, el Proyecto de Código Sanitario⁴⁰, proyecto truncado por tener su base en los principios liberales de la Constitución de 1812 y ser excesivamente progresista para Fernando VII⁴¹.

No es hasta la muerte de Fernando VII, y el comienzo de la modernización del país, cuando surgen nuevos intentos de regulación estatal de la materia. Así, el 24 de marzo de 1847 se publica el Real decreto orgánico de sanidad⁴², que crea la estructura de la sanidad española. Este sistema se basaba en una estructura en tres niveles de organización: estatal, provincial y municipal. A nivel estatal, las competencias residían en el Consejo de Sanidad como máximo órgano consultivo y en la Dirección General de Sanidad como órgano ejecutivo incluido en la estructura del Ministerio de Gobernación. En el ámbito provincial, se crea un negociado administrativo de Sanidad en los gobiernos civiles, con un órgano asesor y de policía sanitaria denominado Junta Provincial de Sanidad y un órgano ejecutivo constituido por las subdelegaciones de Sanidad.

Es en la sede de estas subdelegaciones donde surge el antecedente más remoto de regulación diferenciada para el personal del ámbito sanitario, el Reglamento para las subdelegaciones de Sanidad Interior del Reino, de 24 de julio de 1848⁴³, aplicable a quienes ejercieran las profesiones de Medicina, Farmacia y Veterinaria. Este texto normativo, completado por la Ley de 28 de noviembre de 1855 sobre servicio general de sanidad⁴⁴, por la que, tal y como refieren Pérez Gálvez y Villegas Oliva⁴⁵, “... se instituyen los jurados médicos provinciales de calificación, que tenían por objeto prevenir, amonestar y calificar las faltas que cometieran los profesionales en el ejercicio de sus facultades, así como regularizar sus honorarios, reprimir los abusos y establecer una severa moral médica”. Conteníó por tanto esta normativa una referencia expresa a los emolumentos a percibir por el ejercicio de las profesiones médicas, como antecedente más remoto a la regulación económica de la profesión, si bien siempre desde la perspectiva del ejercicio independiente. Constituye así mismo la inicial creación de órganos ejecutivos para la gestión y administración de la sanidad. Posteriormente

³⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España: evolución histórica y situación actual*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

³⁹ León, 27 de diciembre de 1821.

⁴⁰ Presentado a las Cortes Generales el 22 de abril de 1822.

⁴¹ FARRERONS NOGUERA, L., *Historia del sistema sanitario español: Debates parlamentarios, 1812-1986*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2013, pp. 14 a 21.

⁴² *Gaceta de Madrid* n. 4574 de 24 de marzo de 1847, pp. 1 y 2.

⁴³ LA UNIÓN, Anales de cirugía y regenerador. Periódico de la Academia Quirúrgica Matritense, oficial de la Cesaraugustana y Mallorquina, año 1, n. 43, de 27 de agosto de 1958, pp. 310 y ss. Colección Legislativa de España, segundo cuatrimestre de 1858, tomo 54, pp. 260 a 268.

⁴⁴ *Gaceta de Madrid*, n. 1068 de 7 de diciembre de 1855, pp. 1 y 2.

⁴⁵ PÉREZ GÁLVEZ, J.F., y VILLEGAS OLIVA, A., “El personal estatutario del Sistema Nacional de Salud español”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 10, segundo semestre 2013, pp. 57 a 92.

se dictó la Instrucción general, Real decreto de 12 de enero de 1904⁴⁶, pero esta no efectuaba nuevas referencias a las retribuciones de los profesionales de la medicina.

En 1914 se realizó un nuevo intento de regulación estatal mediante la proposición de ley formulada por Antonio Lerroux, del Partido Republicano Radical⁴⁷, por medio de la cual se pretendía la transformación de los médicos titulares en funcionarios. Estos intentos de regulación únicamente cristalizaron en una cierta reforma administrativa mediante el Decreto de 25 de noviembre de 1933 por el que la Subsecretaría de Sanidad y Beneficencia pasó del Ministerio de Gobernación al Ministerio de Trabajo, posteriormente Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión⁴⁸. Así, la sanidad pasa de ser una cuestión de policía interior a un perfil de atención sanitaria⁴⁹. El siguiente paso en la regulación de los profesionales de la salud sigue estando en el ámbito local, mediante la Ley de coordinación sanitaria de 11 de julio de 1934⁵⁰. Esta norma pretendía tanto el incremento de los emolumentos de los médicos titulares como regularizar el abono por parte de los ayuntamientos⁵¹. El convencimiento de que los retrasos en el abono de los salarios se derivaban de la dependencia de los municipios y su estructura caciquil es la causa del cambio de sistema en la regulación de las prestaciones profesionales de este colectivo. Para lograr este objetivo, convierte a los municipios en agentes subordinados del Estado en cuanto a la prestación de servicios sanitarios. Tal y como establece la propia norma, *“La sanidad pasa a ser una función pública”*. Esta norma constituye el primer paso para la estabilización de la sanidad en España.

Siguiendo las indicaciones de la norma de 1934, en cuanto a las necesidades de desarrollo de un nuevo sistema de salud, el ejercicio profesional de la medicina estrictamente por cuenta del Estado se regula por primera vez en la Ley de 14 de diciembre de 1942⁵² del seguro obligatorio de enfermedad, cuya exposición de motivos establecía: *“El seguro de enfermedad, establecido en muchos países de Europa, no se había implantado en España como consecuencia de las luchas imperantes entre los diversos partidos políticos, en los que los intereses particulares en juego impedían esta realización. Superadas estas luchas y promulgado el Fuero del Trabajo, en cuya declaración décima se ordena el establecimiento de un seguro total, se dispuso por el Ministerio de Trabajo el estudio y redacción de esta ley, en que, recogiendo las experiencias necesarias, se plasmase en una realidad este seguro, con carácter obligatorio para los productores económicamente débiles y con la amplitud y generosidad propia de nuestra Revolución Nacional sindicalista”*.

⁴⁶ Real decreto por el que se aprueba con carácter definitivo la adjunta Instrucción general de sanidad pública, *Gaceta de Madrid* de 22 de enero de 1904, pp. 273 a 275; Instrucción general de Sanidad pública (conclusión), *Gaceta de Madrid* de 23 de enero de 1904, pp. 290 a 295.

⁴⁷ *Diario de Sesiones* de las Cortes de Cádiz de 19 de mayo de 1914, p. 728.

⁴⁸ *Gaceta de Madrid* n. 363 de 29 de diciembre de 1933, pp. 2257 y 2258.

⁴⁹ TOWSON, N., “Saneando la Sanidad: La Ley de Coordinación Sanitaria de 1934”, *La crisis constitucional desde una perspectiva republicana. Centro de Investigación y Estudios Republicanos*, cuaderno 11, n. 57, octubre de 2005, pp. 25 a 38.

⁵⁰ *Gaceta de Madrid* n. 196 de 15 de julio de 1934, pp. 538 a 543.

⁵¹ Los continuos retrasos en el abono de los salarios de los médicos titulares se constatan en las intervenciones de diversos médicos recogidas en el *Diario de Sesiones* de las Cortes de 12, 19 y 20 de junio de 1934.

⁵² BOE n. 361 de 27 de diciembre de 1942, pp. 10592 a 10597.

Con tal pretensión, se regulaba la existencia de un seguro obligatorio de enfermedad y maternidad que paralelamente por primera vez otorgaba al personal sanitario un régimen conforme al cual la prestación de los servicios médicos del seguro se realizaría a través de la Obra «18 de Julio», excepto cuando en virtud de concierto directo con el Instituto Nacional de Previsión corriera a cargo de instituciones dependientes del Estado, provincia o municipio. Se determinaba expresamente que el Servicio Médico del Seguro sería organizado por el Instituto Nacional de Previsión, con arreglo a normas generales de funcionamiento elaboradas por una comisión compuesta por representantes del Estado, la Delegación Nacional de Sindicatos de FET y de las JONS y el propio Instituto Nacional de Previsión.

Se creaba mediante esta norma el sistema de conciertos, por medio del cual la Obra «18 de Julio» podía pactar la colaboración de cajas de empresas, mutualidades e igualatorios médicos que reunieran las condiciones mínimas fijadas por las direcciones generales de Sanidad y Previsión, sometidos en todo caso a las normas dictadas para el servicio por el Instituto Nacional de Previsión. Cada médico del seguro tendría a su cargo la asistencia de un número concreto de beneficiarios. En relación con el sistema de remuneración de los médicos del seguro, se determinaba en función de una cantidad fija por cada familia que le hubiera sido asignada, creando de esta forma un régimen pseudofuncionario sin una denominación diferenciada, el germen del posterior régimen estatutario⁵³. No se incluía a los médicos titulares en el régimen funcional, dejando a este colectivo al margen de la regulación propia del personal público, pero sí se le sometía a las instrucciones y regulaciones establecidas por los órganos del Estado. Posiblemente tal exclusión derive de la compatibilidad de la prestación de servicios para la Obra «18 de Julio» y para el ámbito privado.

Poco tiempo después, la Ley de bases de la sanidad nacional, de 25 de noviembre de 1944⁵⁴, realizó una somera referencia a la organización profesional de médicos en su base 12, pero sin efectuar una mayor concreción en cuanto al régimen aplicable a este colectivo, dado que se centra en la creación y funcionamiento de las organizaciones colegiales de médicos, practicantes y odontólogos. Tampoco se encuentra en el posterior Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955⁵⁵, regulación referida al régimen de prestación de servicios médicos, limitándose a determinar los cuerpos profesionales que se integran en tales servicios.

Los orígenes del actual régimen estatutario, como aquel en el que se incluye a quienes desarrollan los servicios de prestación de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Nacional de Previsión, tiene su precedente en la Ley de bases de Seguridad

⁵³ ALONSO OLEA. M., *Las prestaciones del sistema nacional de la salud*, Civitas, Madrid, 1999, p. 73: "... la relación no es laboral –ni común, ni especial– ni estrictamente funcional, sino estatutaria, regida por sus propias normas".

⁵⁴ BOE n. 331 de 26 de noviembre de 1944, pp. 8908 a 8936.

⁵⁵ BOE n. 196 de 15 de julio de 1955, pp. 4266 a 4277.

Social aprobada el 28 de diciembre de 1963⁵⁶, y en el posterior texto articulado de la Ley de la Seguridad Social, Decreto 907/1966 de 21 de abril⁵⁷.

La Ley de bases de la Seguridad Social de 1963 establecía en su base 6.ª, apartado 24.d), que los servicios sanitarios de la Seguridad Social se prestarían conforme al estatuto jurídico que legalmente se determinase, y la Ley articulada de 1966, en su artículo 45, reiteraba que la relación entre las entidades gestoras y el personal a su servicio se regularía conforme a lo previsto en los estatutos de personal.

Por tanto, ya se establecía la base del sistema estatutario, reiterado en el artículo 116 de la Ley de la Seguridad Social de 1966, que decía:

“1.- La relación entre las entidades gestoras y, en su caso, servicios de la Seguridad Social y el personal a su servicio se regulará por lo previsto en los estatutos de personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o por el Estatuto general aprobado por el propio ministerio.

2.- Sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las entidades gestoras y su personal...”

Tal regulación hizo surgir un profundo debate sobre la naturaleza de la relación entre el personal estatutario y la Seguridad Social, probablemente por la ambigüedad del término “estatutario” que ha calificado históricamente a este personal, así como por la inicial determinación de la jurisdicción social como la competente para conocer de los litigios entre tal colectivo y la Administración empleadora. Así, diversos autores consideraron que el personal del Sistema Nacional de Salud estaba compuesto por personal estatutario y laboral, mientras que la caracterización funcional quedaba limitada a las administraciones públicas, otorgando libertad el sistema para que el futuro estatuto-marco se decantase por la aplicación de las normas laborales o funcionariales⁵⁸.

Sobre el origen de la diferenciación de régimen jurídico, mantiene Desdentado Bonete⁵⁹ que *“la resistencia más persistente del personal sanitario a entrar en el estatuto general de la función pública muestra que probablemente haya otras razones más profundas para el mantenimiento de esas peculiaridades, que se relacionan con las formas de ejercicio de las profesiones sanitarias y, en particular, de la profesión médica, que ha actuado como un elemento fuertemente condicionante del tratamiento normativo de las restantes”*.

Respecto de las retribuciones de este personal sanitario, se hacía en la Ley general de la Seguridad Social de 1966 una limitada regulación, manteniendo como base la

⁵⁶ BOE n. 312 de 30 de diciembre de 1963, pp. 18181 a 18190.

⁵⁷ BOE n. 96 de 22 de abril de 1966, pp. 4778 a 4807.

⁵⁸ SALA FRANCO, T., “El personal al servicio del Sistema Nacional de la Salud”, AA.VV., *Cuestiones de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 330-331. PENDAS GARCÍA, B., “El régimen jurídico del personal al servicio de las entidades gestoras, servicios de intervención general e instituciones sanitarias de la Seguridad Social”, AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 419 y ss.

⁵⁹ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., “El sistema normativo de la relación de servicio del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Ejemplar dedicado a: Personal estatutario de la Seguridad Social), CGPJ, Madrid, 2000, p. 15.

remuneración mediante cantidad fija por cada persona titular o por cada beneficiario cuya asistencia tenga a su cargo, o mediante una tarifa oficial obligatoria por acto médico para todos los facultativos o personal sanitario no integrado directamente o por concierto en los servicios sanitarios.

En desarrollo de la base referida a los estatutos de personal, el 23 de diciembre de 1966 se aprobó el Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social por Decreto 3160/1966⁶⁰, cuyo capítulo IV, sección 1.ª, regulaba las retribuciones. En concreto, el artículo 39 se refería a los sistemas de retribución, ya sea por cantidad fija por cada titular o beneficiario de asistencia sanitaria; por sueldo; por cantidad fija y periódica en el caso de personal adscrito a servicios jerarquizados; por acto médico, con arreglo a tarifa; o por cantidad calculada en función del número y clase de intervención realizada.

Este régimen económico se complementaba en el artículo 31 con regulaciones accesorias, como pueden ser las correspondientes a urgencias, servicios de localización o acumulaciones; en el artículo 32 con el régimen de retribuciones por sustituciones durante el periodo vacacional anual, por enfermedad u otras causas de ausencia de los titulares; en el artículo 33 con la retribución complementaria por desplazamiento a otra localidad; en el artículo 35 con las gratificaciones extraordinarias; ... todas ellas retribuciones ajenas al concepto de carrera profesional.

No se encuentra en el texto referencia alguna al desarrollo profesional del facultativo, salvo la regulación del capítulo V, denominado “De las recompensas” (artículos 46 a 49), con las que se pretendían premiar las actuaciones meritorias y los servicios extraordinarios mediante menciones honoríficas, becas de estudios, publicaciones de trabajo, viajes de perfeccionamiento, asistencia a congresos, etcétera⁶¹.

En cuanto al resto de las categorías, regulación equivalente se contiene en el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de abril de 1973⁶², norma que refundió los estatutos jurídicos de las enfermeras, los practicantes-ayudantes técnicos sanitarios, y de las matronas y ayudantes técnicos sanitarios femeninos en posesión del Diploma de Asistencia Obstétrica, de 22 de abril y 16 de junio de 1967, así como las normas estatutarias de auxiliares de clínica de la Seguridad Social dictadas por el Instituto Nacional de Previsión mediante circular de régimen interno. La denominación inicial se modificó mediante la Orden de 26 de diciembre de 1986⁶³ sustituyéndola por la definitiva de Estatuto del personal sanitario no facultativo.

En el mismo sentido, en el ámbito del personal no sanitario, el Estatuto de personal no sanitario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 5 de julio de 1971⁶⁴, inicialmente

⁶⁰ BOE n. 312 de 30 de diciembre de 1966, pp. 16486 a 16494.

⁶¹ GARCÍA NINET, J.I., “Antecedentes o Precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud”, *Derecho y Salud*, volumen 14, número extra 2, 2006, pp. 1 a 21.

⁶² BOE n. 102 de 28 de abril de 1973, pp. 8519 a 8525.

⁶³ BOE n. 10 de 12 de enero de 1987, pp. 664 a 665.

⁶⁴ BOE n. 174 de 22 de julio de 1971, pp. 12015 a 12024.

publicado como Reglamento de personal de servicios especiales de oficio y subalterno de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social por la Orden ministerial de 28 de julio de 1968⁶⁵.

Tal y como señala Coronado Benito⁶⁶, «*Junto a toda esa normativa general o estatal citada cabría añadir, de interés para nuestra materia, el RD de 13 de julio de 1986, y la Orden de 19 de igual mes y año sobre integración de los hospitales clínicos incluidos en el INSALUD o RASSSA; el RD 521/1987, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de hospitales, que sustituyó al Reglamento 1972; el RDL 1/99, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario, que ha venido a sustituir al art. 34 de la Ley 4/90, de 29 de junio y al RD 118/91, declarado nulo por el Tribunal Constitucional; y el RDL 1/99, que ha sido derogado y relegado a rango reglamentario por la Ley 30/99, de 5 de octubre, y cuyo objeto es “sentar las bases permanentes en materia de selección y provisión de plazas del personal estatutario de los servicios de salud (...) que viene a anticipar una parte esencial del marco estatutario de dicho personal, que corresponde establecer al Estado, de acuerdo con lo previsto en los apartados 16 y 18 del punto 1 del art. 149 de la CE”*».

Se hace referencia a este colectivo de personal expresamente en la Ley del Estatuto de los trabajadores de 1980⁶⁷, artículo 1.3.a), pero únicamente para señalar, sin lugar a duda, su exclusión del ámbito de aplicación de la norma, al descartar “*la relación de servicio (...) del personal al servicio del Estado, las corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias*”. Dicha exclusión, en palabras de Montoya Melgar⁶⁸, supone que “*El personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social se definiría negativamente, a partir de este precepto del ET, como aquel cuya relación ni se somete al Estatuto de los trabajadores ni al Estatuto de la función pública. De aquí que no resulte nada impropio aplicar a dicho personal la calificación de tertium genus que suele adjudicarle la doctrina*”.

El siguiente hito legislativo en el desarrollo jurídico del régimen retributivo estatutario es la Ley 14/1986, general de sanidad⁶⁹, en cuyo artículo 84.1 se determinaba como régimen legal de este personal el que se estableciera en un estatuto marco que debería aprobar el Gobierno en desarrollo de tal texto⁷⁰. Se determina en el artículo 84.2 el contenido mínimo de este futuro estatuto, constando entre otros extremos el sistema retributivo aplicable a este personal. Antes de que efectivamente se realizase

⁶⁵ BOE n. 168 de 13 de julio de 1968, pp. 10251 a 10258.

⁶⁶ CORONADO BENITO, M., “Derecho sanitario y personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: Régimen retributivo de dicho personal”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Ejemplar dedicado a: Personal estatutario de la Seguridad Social), CGPJ, Madrid, 2000, p. 336.

⁶⁷ BOE n. 64 de 14 de marzo de 1980, pp. 5799 a 5815.

⁶⁸ MONTAYA MELGAR, A., “El personal estatutario de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Ejemplar dedicado a: Personal estatutario de la Seguridad Social), CGPJ, Madrid, 2000, p. 106.

⁶⁹ BOE n. 102 de 29 de abril de 1986, pp. 15207 a 15224.

⁷⁰ PÉREZ GÓMEZ, J. M., y PÉREZ LÓPEZ, R., “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, volumen 13, n. 2, 2005, pp. 187 a 209.

tal regulación de una forma completa mediante un estatuto marco con la Ley 55/2003⁷¹, normativa parcial constituyó el marco jurídico de este personal. Así, mediante el Real decreto ley 3/1987, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud⁷², se estableció el sistema retributivo aplicable a este colectivo. Esta norma, conforme a su exposición de motivos, tenía un carácter provisional hasta la efectiva aprobación del necesario estatuto marco, suponiendo “... *una anticipación del nuevo régimen retributivo del personal del Instituto Nacional de la Salud, sin perjuicio de que dicho régimen sea recogido en la ley que apruebe el estatuto-marco, cuyo proyecto será remitido, en breve, a las Cortes*”. El Real decreto ley 3/1987 pretendió delimitar las retribuciones básicas del personal estatutario, simplificando, al menos en teoría, su régimen retributivo. Para ello, establecía como únicas percepciones: las retribuciones básicas –suelo, trienios y pagas extraordinarias– y complementarias –complemento de destino, específico, de productividad y de atención continuada–.

Dentro de las retribuciones complementarias, y en cuanto al desempeño profesional, solo establecía en su artículo 2.3.c): “c) *El complemento de productividad, destinado a la remuneración del especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto así como su participación en programas o actuaciones concretas. La determinación individual de su cuantía se efectuará dentro de las dotaciones presupuestarias previamente acordadas y de conformidad con la normativa vigente.*

En todo caso, las cantidades que perciba cada persona por este concepto serán de conocimiento público del personal de la Institución Sanitaria donde preste servicios, así como de los representantes sindicales”.

Este complemento de productividad no llegó a tener un gran desarrollo, siendo en los servicios de salud españoles utilizado para la retribución de los cargos de jefatura o dirección, pero no como un sistema de carrera profesional propiamente dicho.

Mínima referencia a la carrera profesional se encuentra en la Resolución de 10 de agosto de 1990 de la Dirección General de Trabajo, por la que se da publicidad al pacto suscrito entre la representación de la Administración sanitaria del Estado y las organizaciones sindicales Comisiones Obreras y CSIF sobre diversos asuntos estatutarios y de carrera profesional relativos al personal estatutario que presta servicios en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD⁷³. En este pacto suscrito en la Mesa Sectorial de Sanidad de la Administración del Estado, en relación con la carrera profesional se establece:

“Por el Ministerio de Sanidad y Consumo se realizarán las actuaciones necesarias para la promulgación de la normativa con rango de ley que permita articular durante 1991 la carrera profesional del personal del Sistema Nacional de Salud. La negociación sobre el diseño e implantación de la carrera profesional, su tratamiento retributivo y la adecuación de las actuales categorías y puestos de trabajo respecto de los nuevos niveles profesionales se desarrollará durante el segundo semestre de 1990 y los primeros meses de 1991.

⁷¹ BOE n. 301 de 17 de diciembre de 2003, pp. 44742 a 44763.

⁷² BOE n. 219 de 12 de septiembre de 1987, pp. 27649 a 27650.

⁷³ BOE n. 216 de 8 de septiembre de 1990, pp. 26407 a 26411.

En este sentido, antes de finalizar el año 1990, se iniciará, en el Grupo de Trabajo correspondiente, la negociación de la carrera profesional de personal no facultativo de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”.

Pese a tan clara temporización, no es hasta la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁷⁴, cuando se realiza la primera referencia directa al desarrollo profesional del personal estatutario. Así, su exposición de motivos dice: *“La ley contiene básicamente principios referidos a la planificación y formación de los profesionales de la sanidad, así como al desarrollo y a la carrera profesional y a la movilidad dentro del Sistema Nacional de Salud”.*

Estos objetivos se plasmaban en su capítulo III, sección 2.^a, que regulaba el desarrollo profesional, en concreto en los artículos 40 y 41; así, el artículo 40 lo conceptúa como un *“... aspecto básico en la modernización del Sistema Nacional de Salud”.* En cuanto a los criterios para su despliegue, establecía la obligación de que fueran comunes y que tuvieran en consideración tanto la formación continuada como la carrera profesional y la evaluación de competencias.

La delimitación de la noción de la carrera profesional se realizaba en el artículo 41, al establecer que es *“el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios”.* Pero nuevamente se optó por diferir al estatuto marco, pendiente de desarrollo desde la Ley 14/1986, la normativa básica aplicable al personal del Sistema Nacional de Salud, con el preceptivo complemento por normas de las comunidades autónomas.

En el año 2003, el 21 de noviembre, se promulga la Ley 44/2003⁷⁵, de ordenación de las profesiones sanitarias, en cuyo artículo 1 se delimitaba su objeto y ámbito de aplicación a la regulación de los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas, la estructura general de la formación y el desarrollo profesional y la participación de los profesionales en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias. En su título III (artículos 37 a 39) determinaba el concepto como el sistema de reconocimiento de desarrollo profesional *“... consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios”.*

El acceso a este sistema se determinaba como voluntario, sin limitación alguna más allá de la necesidad de que los profesionales estuvieran establecidos o prestaran servicios dentro del territorio nacional, derivando la competencia para el desarrollo profesional a las administraciones sanitarias para sus propios centros. Sí que se fijaban unos someros principios generales para este reconocimiento. Se articulaba en cuatro grados ordinarios, con la posibilidad para las administraciones sanitarias de establecer un quinto grado, inicial y previo a los ordinarios. En cuanto al sistema para pasar

⁷⁴ BOE n. 128 de 29 de mayo de 2003, pp. 20567 a 20588.

⁷⁵ BOE n. 280 de 22 de noviembre de 2003, pp. 41442 a 41458.

de uno a otro, requería la evaluación favorable de los méritos del profesional para el acceso a cada grado, considerando como méritos sus conocimientos, competencias, formación continuada, actividad docente e investigación, especialmente a los resultados de la actividad asistencial desarrollada y a su implicación en la gestión clínica. Exigía el ejercicio profesional mínimo de cinco años entre cada evaluación positiva, dos en el caso de evaluación negativa, para la obtención de cada grado, y la creación de un comité específico de cada centro o institución, integrado por profesionales de la misma profesión, representantes de la unidad a la que pertenezca el evaluado y evaluadores externos designados por agencias de calidad o sociedades científicas de ese ámbito, como competentes para desarrollar la evaluación. La evaluación positiva daba derecho a los profesionales a hacer constar públicamente el grado de desarrollo profesional que tuvieran reconocido, así como a percibir un complemento económico. Para proceder a la implantación, era necesario adaptar estos criterios generales a las características organizativas, sanitarias y asistenciales del centro de pertenencia.

Por tanto, en este texto legal, y pese a la referencia a posteriores normas de desarrollo, se realiza por primera vez una regulación bastante pormenorizada tanto del concepto de carrera profesional como de su funcionamiento e implantación.

Dada la trasferencia de competencias, y con miras a lograr la uniformidad del sistema, el artículo 39 regulaba un sistema de homologación del reconocimiento del desarrollo profesional por medio del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de forma que se tenían que establecer principios y criterios generales para la homologación del desarrollo profesional en todo el Sistema Nacional de Salud, con reconocimiento mutuo de los grados alcanzados por los profesionales de los distintos servicios de salud.

En la disposición transitoria segunda, referida a la implantación del sistema de desarrollo profesional, se derivaba a las administraciones sanitarias la determinación de los plazos y períodos para la aplicación del sistema de desarrollo profesional, pero circunscribiendo tales plazos a un máximo de cuatro años a partir de la entrada en vigor de la Ley 44/2003 (el 23 de noviembre de 2003), momento en el cual, al menos, se deberían haber iniciado los procedimientos para su implantación en todas las profesiones sanitarias de licenciados sanitarios y diplomados sanitarios.

Conforme a la citada Ley 44/2003, esta sería aplicable a la totalidad de los profesionales sanitarios titulados, sin delimitación alguna del vínculo por el cual se prestan servicios; por tanto, el mandato contenido en su disposición transitoria segunda referido a los plazos de aplicación del sistema de desarrollo de carrera era aplicable tanto al personal estatutario como al funcionario o laboral que desarrollase labores sanitarias.

4 El régimen vigente: el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud

Estos desarrollos parciales del régimen estatutario, en los que se remite de forma reiterada a una futura reglamentación, culminan en la promulgación de la Ley 55/2003⁷⁶, por la que se aprueba el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. Su exposición de motivos establece como objetivo la actualización tras la promulgación de la Constitución española “... del régimen jurídico del personal estatutario que, sin perjuicio de determinadas modificaciones normativas puntuales, viene en gran parte regulado por estatutos preconstitucionales. Resulta, pues, necesario actualizar y adaptar el régimen jurídico de este personal, tanto en lo que se refiere al modelo del Estado Autónomo como en lo relativo al concepto y alcance actual de la asistencia sanitaria”. Esta norma tiene el carácter de norma básica conforme a las previsiones del artículo 149.1.18 de la Constitución española, pero derivando a la normativa autonómica su desarrollo⁷⁷.

El estatuto establece como su ámbito de aplicación el personal sanitario funcionario y el personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades autónomas para acoger los recursos humanos y materiales procedentes de las transferencias del Insalud. Y ello considerando que el vínculo entre los servicios de salud y el personal a su servicio, en palabras de Pérez Gálvez⁷⁸, “... **encierra una clara condición de derecho público, al intervenir y contribuir a la realización de un servicio público**”. Esto deriva en mayores similitudes con el régimen funcionarial que con el régimen laboral, aunque con peculiaridades que hacen necesaria esa tercera clasificación como personal estatutario, ese *tertium genus* que ha utilizado la doctrina tradicionalmente para denominar a este régimen legal. Y ello siguiendo en parte la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1996⁷⁹ y de 7 de febrero de 1997⁸⁰, y sobre todo en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000⁸¹, que había señalado que “... **la naturaleza jurídica del personal estatutario (...) es funcionarial, sin que les sea de aplicación ni siquiera con carácter subsidiario las normas contenidas en el Estatuto de los trabajadores**”.

El análisis de la naturaleza de la relación entre el personal estatutario y la Administración sanitaria había sido objeto de un profundo estudio por la Sala Especial

⁷⁶ BOE n. 301 de 17 de diciembre de 2003, pp. 44742 a 44763.

⁷⁷ GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZÁRRAGA BONELLI, E. (coords.), *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, 2.ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 45 a 57.

⁷⁸ PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 35.

⁷⁹ RJ 1996, 7624.

⁸⁰ RJ 1997, 1161.

⁸¹ RJ 2000, 2235.

de Conflictos del Tribunal Supremo en el Auto de 20 de junio de 2005⁸², en el que para determinar el fuero judicial de este personal establece que “... como señala expresamente la exposición de motivos, la Ley parte de la necesidad de mantener una regulación especial para el personal de los servicios sanitarios, con el fin de adaptarse a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario asistencial, así como las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud, pero siguiendo la línea antes indicada establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria”. Y ello, de conformidad con el artículo 1 de la ley, que señala: “... esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del estatuto marco de dicho personal...”.

Pero no hay que olvidar que el artículo 2, apartado 3 del EBEP, en cuanto a su aplicabilidad al personal estatutario, establece:

“3. El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”.

Dentro del sistema retributivo regulado por el estatuto marco se contiene, en el apartado relativo a retribuciones complementarias (artículo 43.2.e), el complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional, pero estableciendo expresamente su aplicación cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría.

Tal y como ya se ha señalado, la complicada redacción del artículo 2.3 del EBEP parece determinar la aplicabilidad a este personal de la regulación contenida en el artículo 20 del EBEP, evaluación del desempeño; 22.3, retribuciones complementarias referidas a las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados; 24, retribuciones complementarias, y 84, movilidad voluntaria entre administraciones públicas. Ello determinaría que la normativa contenida en el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud deberá siempre respetar las previsiones que respecto a estos apartados contiene el Estatuto básico del empleado público, por lo que no existe una libertad absoluta para la determinación del marco legal de estas materias en su aplicación al personal estatutario.

Es en el artículo 17 de la Ley 55/2003 donde se contemplan los derechos individuales del personal estatutario, incluyendo dentro de estos, en el apartado j), el derecho a “ser informado de las funciones, tareas, cometidos, programación funcional y objetivos asignados a su unidad, centro o institución, y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos”. Tal redacción personaliza los objetivos que el artículo 13 establece para los planes de recursos humanos, como instrumentos de planificación básicos que deben especificar los objetivos a conseguir.

Evidentemente, la configuración de los derechos individuales se acompaña de la equivalente enumeración de los deberes en el artículo 19, incluyendo su apartado e):

⁸² RJ 2005, 4466.

“Participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios”.

El ejercicio de este derecho, así como el cumplimiento del correlativo deber, dan lugar a la progresión en la carrera profesional, cuyos criterios generales se establecen en el artículo 40 de la Ley 55/2003, señalando el obligado cumplimiento de “... las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos”, por tanto, en respeto a las previsiones del artículo 20 del EBEP, aplicable a este colectivo. En cuanto a los criterios concretos, solo señala que “La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios”, si bien derivando la fijación de los mecanismos concretos a las comunidades autónomas. Por tanto, en cuanto a los criterios generales del sistema de desarrollo profesional, se realiza una remisión a la regulación contenida en la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, Ley 44/2003, esto es, a su título III, “Del desarrollo profesional y de su reconocimiento”, puesto que este texto lo definía como “... el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios”.

Tal y como señala Lozano Mostazo⁸³, la carrera profesional tiene como objetivo incrementar la motivación de los profesionales del Sistema Nacional de Salud, consiguiendo un mayor compromiso con la gestión del servicio público sanitario mediante el establecimiento de sistemas de incentivos, tanto de reconocimiento profesional como económicos. En el mismo sentido, Parejo Alfonso⁸⁴ entiende que el foco de atención deben ser los resultados de la Administración y del empleado público como sede y ámbito en el que se manifiestan los derechos de los ciudadanos.

Pese a tales objetivos, y tras los años de espera para la existencia de un estatuto marco, toda la regulación referida a la carrera profesional se contiene en un único artículo, que carece de ánimo exhaustivo, se limita a establecer generalidades y remite la regulación a las administraciones territoriales.

Sí que se determina expresamente que los criterios para la consecución del desarrollo profesional, y su plasmación en la carrera profesional, deberán seguir el sistema general establecido en las normas aplicables al personal del resto de los servicios públicos y la necesaria negociación en el seno de las mesas generales de negociación, así como que el objetivo de la carrera profesional es “... que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones

⁸³ LOZANO MOSTAZO, M.A., “Capítulo VIII, Carrera Profesional”, Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A.V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, L., “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, pp. 539 a 548.

sanitarias”, previsión que, por otra parte, solo cumple con la obligatoria sumisión a la regulación contenida en el EBEP.

También se realiza una definición de lo que se entiende por carrera profesional en el artículo 40.2: “... *el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios*”.

Establecía la Ley 44/2003 que el reconocimiento se articulase en cuatro grados; que la obtención del primer grado, y el acceso a los superiores, requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado; que para obtener cada grado fuese necesario acreditar cinco años de ejercicio profesional; que la evaluación la llevase a cabo un comité específico creado en cada centro o institución; que los profesionales tuviesen derecho a hacer constar públicamente el grado de desarrollo profesional que se les reconociese y que los criterios generales del sistema de desarrollo profesional se acomodasen a cada sistema de salud.

Todo ello teniendo en cuenta que la disposición transitoria segunda de la Ley 44/2003, “Implantación del sistema de desarrollo profesional”, derivaba a las administraciones sanitarias la determinación de los plazos y períodos para la aplicación del sistema de desarrollo profesional, pero circunscribiendo tales plazos a un máximo de cuatro años a partir de su entrada en vigor (el 23 de noviembre de 2003), momento en el cual se deberán haber iniciado los procedimientos para su implantación en las profesiones sanitarias de licenciados sanitarios y diplomados sanitarios.

Esta regulación contenida en la Ley 44/2003, y a la que deriva la Ley 55/2003, se completa con las previsiones que esta última contempla por sí misma. Así, el concepto que se le da al término carrera profesional en el apartado 2 del artículo 40 de la Ley 55/2003: “*La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios*”. Se anticipa por tanto en esta regulación la individualización de la valoración y del logro, tal y como posteriormente se establecerá en el EBEP. Lo mismo ocurre en cuanto al reconocimiento y homologación de los sistemas de carrera de los diversos servicios de salud.

El efecto económico de esta evaluación se establece en el artículo 41, al señalar en cuanto a las retribuciones complementarias: “*La cuantía de las retribuciones se adecuará a lo que dispongan las correspondientes leyes de presupuestos. Elemento fundamental en este apartado es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño del personal estatutario que los servicios de salud deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de determinación de una parte de estas retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad, al rendimiento y, en definitiva, al contenido y alcance de la actividad que efectivamente se realiza*”.

Si bien se remite a la normativa autonómica la concreción del sistema retributivo, en el estatuto marco se contienen previsiones básicas de obligado cumplimiento. Así, en el apartado relativo a retribuciones complementarias (artículo 43) se determina

que las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados.

En cuanto a la configuración de las retribuciones complementarias, se ordenan en torno a los conceptos de complemento de destino; complemento específico; complemento de productividad; complemento de atención continuada y complemento de carrera.

Los complementos de destino, específico y de atención continuada siguen la configuración más clásica de las retribuciones del personal sanitario, ya presente en el Real decreto ley 3/1987, retribuyendo, respectivamente, el nivel del puesto que se desempeña, las condiciones particulares del puesto en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; y la prestación de servicios en régimen continuado.

El complemento de productividad, por su parte, se configura como aquel destinado a retribuir el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos. Contiene, por tanto, los elementos de individualización que el EBEP posteriormente ha contemplado para el resto del personal al servicio de las administraciones públicas.

Lo mismo ocurre con el complemento de carrera, que se constituye en esta norma como antecedente de la posterior regulación general, dado que se establece que está destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado. Nuevamente se remite su entrada en vigor a su posterior desarrollo.

5 La carrera profesional de las profesiones sanitarias en la Comunidad Autónoma de Galicia

En el ámbito de Galicia, la Ley 7/2003⁸⁵, de ordenación sanitaria de Galicia, vigente desde el 19 de febrero de 2004, y por tanto posterior a la Ley 55/2003, pero casi coetánea, ya se refiere a la carrera profesional como “... *un derecho de los profesionales a progresar de forma individualizada, con el reconocimiento de su desarrollo profesional en cuanto a conocimiento, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización en que prestan sus servicios*”.

Para ello requiere obligatoriamente un desarrollo reglamentario del sistema de reconocimiento del desarrollo profesional, a realizar en el ámbito de la Comunidad Autónoma, pero respetando en todo caso las previsiones comunes que deberá dictar la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, órgano encargado por el artículo 10 de la Ley 55/2003 de desarrollar “... *las actividades de planificación, diseño de programas de formación y modernización de los recursos humanos del Sistema*

⁸⁵ DOG n. 246 de 19 de diciembre de 2003, pp. 15649 a 15680; BOE n. 12 de 14 de enero de 2004, pp. 1344 a 1375.

Nacional de Salud”. Las funciones, composición y estructura de tal comisión se configuraron mediante el Real decreto 182/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud⁸⁶.

Establece la norma autonómica diversas referencias a la carrera profesional. Así, el artículo 59, con esta denominación, dice:

“1. Se establecerán sistemas de carrera y promoción profesional que permitan el reconocimiento y desarrollo profesional del personal en atención a sus conocimientos, experiencia, responsabilidad y mejor adecuación de sus competencias y cualidades personales a los objetivos del Servicio Gallego de Salud, ponderando tanto las necesidades asistenciales concurrentes como las características organizativas del organismo.

2. Se entiende por carrera profesional el derecho a progresar, de forma individualizada, a niveles superiores, previamente definidos dentro de cada clase o categoría funcional, como reconocimiento al desarrollo profesional en conocimientos, experiencia, responsabilidad y mejor adecuación de la actitud, capacidad y cualidades personales a los objetivos del Servicio Gallego de Salud”. Y en el artículo 61, referido al sistema retributivo, dispone que “El Servicio Gallego de Salud podrá establecer, previo informe favorable emitido conjuntamente por las consellerías de Economía y Hacienda y de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública, un modelo retributivo orientado a la calidad del servicio, la incentivación de la actividad, la motivación de los profesionales, la consideración singular de actuaciones concretas en el ámbito sanitario y la consecución de los objetivos planificados, previa negociación en la mesa sectorial”.

Estas previsiones dieron lugar a un desarrollo reglamentario por categorías profesionales consistente en el Decreto 155/2005 sobre régimen extraordinario de reconocimiento y desarrollo profesional del personal de las categorías de licenciados sanitarios del Servicio Gallego de Salud previo a la implantación del régimen de desarrollo profesional a que se refiere la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias⁸⁷; la Resolución conjunta de 28 de julio de 2006, de la Secretaría General del Servicio Gallego de Salud y de la Dirección General de la División de Recursos Humanos y Desarrollo Profesional, por la que se ordena la publicación del acuerdo suscrito por la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales UGT, CC. OO., CSI-CSIF y Cemsatse, por el que se regula el acceso extraordinario a la carrera profesional del personal diplomado sanitario con vínculo estatutario fijo en las instituciones sanitarias del Sergas y las bases de negociación del régimen definitivo de carrera profesional⁸⁸ y la Resolución conjunta de 25 de octubre de 2007, de la Secretaría General del Servicio Gallego de Salud y de la Dirección General de la División de Recursos Humanos y Desarrollo Profesional del Servicio Gallego de Salud, por la que se ordena la publicación del acuerdo suscrito por la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales CIG, CC. OO., UGT y SAE, por el que se regula el acceso extraordinario a la carrera profesional del personal de las categorías de gestión y

⁸⁶ BOE n. 37 de 12 de febrero de 2004, pp. 6384 a 6386.

⁸⁷ DOG n. 112 de 13 de junio de 2005, pp. 10212 a 10218.

⁸⁸ DOG n. 155 de 11 de agosto de 2006, pp. 12773 a 12780.

servicios y sanitarias de formación profesional con vínculo estatutario fijo en las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud⁸⁹.

En la categoría de Licenciados Sanitarios, el desarrollo se realizó mediante el Decreto 155/2005, la norma más temprana de entre todas las dictadas en desarrollo de la carrera profesional, más de dos años anterior a la correspondiente a la carrera profesional del personal de las categorías de gestión y servicios y sanitarias de formación profesional, y la única con rango de decreto. Mediante este instrumento normativo se regula un procedimiento excepcional al que podrá acceder en exclusiva el personal fijo de las categorías sanitarias de titulados superiores del Sergas. Se contiene, asimismo, un sistema de pregrado para el personal del sistema de cupo y zona, desde el cual podrían acceder al sistema ordinario de carrera profesional configurado para el personal estatutario fijo y ello en aplicación del complemento retributivo de carrera profesional previsto en el artículo 43.2.e) de la Ley 55/2003⁹⁰.

Como el propio título de la disposición establece, se constituye este sistema de reconocimiento bajo el principio de excepcionalidad, entendiéndose que es aplicable por una única vez a los profesionales comprendidos en su ámbito de aplicación, siendo irreversible y consolidable el grado que se reconozca. La existencia de un régimen extraordinario trae su causa, al menos parcialmente, de lo que ya entonces se atisbaba como un flagrante incumplimiento del plazo máximo de cuatro años establecidos en la disposición transitoria segunda de la Ley 44/2003, referida a la implantación del sistema de desarrollo profesional. En este texto, si bien se deriva a las administraciones sanitarias la determinación de los plazos y períodos para la aplicación del sistema de desarrollo profesional, los circunscribe a un máximo de cuatro años a partir de la entrada en vigor de la Ley 44/2003, esto es, el 23 de noviembre de 2007. En tal momento, al menos, se deberían haber iniciado los procedimientos para su implantación en todas las profesiones sanitarias previstas en los artículos 6 y 7: licenciados sanitarios y diplomados sanitarios.

El Decreto 155/2005 estructura la carrera profesional en cuatro grados asignables en función del tiempo acreditado de servicios prestados, siendo necesario tener completados los servicios establecidos para cada uno de ellos como personal estatutario en la misma categoría o especialidad en instituciones del Sistema Nacional de Salud conforme a la escala establecida en el artículo 4 del decreto. Si bien el título de la norma no lo establece expresamente, esta es el fruto de la negociación sindical, ya que conforme a su exposición de motivos “... fue objeto de negociación en la mesa sectorial del personal de las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud y acuerdo con las organizaciones sindicales CIG, CEMSATSE, CC. OO., CSI-CSIF y UGT, representadas en la misma”.

La temporización de la implantación del sistema comienza en el propio julio de 2005 con el grado I, con una progresión anual de los siguientes grados, hasta llegar al grado IV en julio de 2008.

⁸⁹ DOG n. 208 de 26 de octubre de 2007, pp. 17280 a 17285.

⁹⁰ Artículo 43.2.e): *Las retribuciones complementarias podrán ser: e) Complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría.*

Se remite a la Orden de la Consellería de Sanidad el desarrollo de las normas de procedimiento y condiciones de valoración, desarrollo que se efectuó mediante diversas resoluciones de la División de Recursos Humanos y Desarrollo Profesional dictadas entre el 30 de mayo de 2006 y el 8 de mayo de 2009.

Las otras dos normas que desarrollan la carrera profesional para las profesiones diplomadas sanitarias y para el personal de categorías de gestión y servicios y sanitarias de formación profesional tienen una forma jurídica diferente; así, se han publicado directamente como resoluciones que dan publicidad a acuerdos con las organizaciones sindicales, y sus fechas son posteriores al desarrollo efectuado para el personal sanitario licenciado, pero ninguna de ambas resoluciones requiere de desarrollo normativo posterior. Su contenido es de directa aplicación, en cumplimiento de la previsión del artículo 38 del EBEP, aplicable al personal estatutario en virtud del ámbito delimitado en el artículo 2.3. Y ello por cuanto el apartado segundo del citado artículo 38 establece:

“2. Los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente.

Los acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las administraciones públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente”.

Mediante Resolución conjunta de 28 de julio de 2006, de la Secretaría General del Sergas y de la Dirección General de la División de Recursos Humanos y Desarrollo Profesional, se ordena la publicación del acuerdo suscrito por la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales UGT; CC.OO.; CSI-CSIF y CEMSATSE, por el que se regula el acceso extraordinario a la carrera profesional del personal diplomado sanitario con vínculo estatutario fijo en las instituciones sanitarias del Sergas y las bases de negociación del régimen definitivo de carrera profesional. Por tanto, aunque este acuerdo se refiere a los diplomados sanitarios, también recoge las bases de negociación del régimen definitivo de carrera profesional en aplicación de las cuales se ha negociado el régimen ordinario de carrera profesional para los profesionales estatutarios, constituyendo ciertas bases un marco común para el personal sanitario de formación universitaria, máxime dado que el Decreto 155/2005 no completaba todo el desarrollo necesario para su implantación.

En tal resolución, artículo 10, se establece el procedimiento de desarrollo del sistema, determinando las fechas de efectos de los diversos grados tanto para el personal estatutario fijo con plaza en propiedad en los equipos de las instituciones sanitarias del Sergas obtenido con anterioridad a la finalización de los procesos ejecutados al

amparo de la Ley 16/2001⁹¹ como para el personal estatutario de las categorías de diplomados sanitarios que haya obtenido la condición de fijo y plaza en propiedad con ocasión de la finalización de los procesos ejecutados al amparo de la Ley 16/2001. Para este último colectivo, se determina como fecha de efectos del grado IV julio de 2010.

Posteriormente, la Resolución conjunta de 25 de octubre de 2007 de la Secretaría General del Sergas y de la Dirección General de la División de Recursos Humanos y Desarrollo Profesional del Sergas ordena la publicación del acuerdo suscrito por la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales CIG, CC. OO, UGT y SAE por el que se regula el acceso extraordinario a la carrera profesional del personal de las categorías de gestión y servicios y sanitarias de formación profesional con vínculo estatutario fijo en las instituciones sanitarias del Sergas. En esta resolución, artículo 11, se establecen el procedimiento y los plazos de desarrollo del sistema, determinando como fecha de efectos del grado IV el 1 de julio de 2010.

Por tanto, del tenor literal de las resoluciones, así como de lo regulado en el artículo 38 del EBEP, parecía derivarse la posibilidad de exigir la aplicación directa de los efectos establecidos en estas, si bien en el apartado 10 del propio artículo 38 se regula una excepción a la exigibilidad de lo pactado “... *cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las administraciones públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público*”.

En uso de tal excepción, la Administración procedió, conforme al artículo 13.4 de la Ley 9/2009⁹² de presupuestos generales de Galicia, a suspender la aplicación de pactos o acuerdos que supongan incrementos retributivos, procediéndose por tanto a suspender los efectos derivados del reconocimiento del grado de carrera. La citada suspensión se ha efectuado de la totalidad de los efectos de la norma, al entenderse que limitar la suspensión a los aspectos retributivos podría entrar en contradicción no solo con el artículo 13.4 de la Ley 9/2009, sino también con la normativa básica, puesto que el artículo 43.2 del estatuto marco determina que el complemento de carrera está destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema se implante en la correspondiente categoría, y no resulta conforme mantener que la suspensión se refiere únicamente al aspecto retributivo del acuerdo.

Pese a ello, tales acuerdos no han sido derogados, sino únicamente suspendidos por la situación presupuestaria derivada de la crisis económica, por lo que la modificación de la situación económica podría entenderse que hace decaer la causa alegada en tal Ley de presupuestos generales para proceder a la suspensión de efectos de la

⁹¹ Ley 16/2001, de 21 de noviembre, por la que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud. BOE n. 280 de 22 de noviembre de 2001, pp. 42710 a 42720.

⁹² Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010. DOG n. 253 de 30 de diciembre de 2009, pp. 19706 a 19808; BOE n. 47 de 23 de febrero de 2010, pp. 17344 a 17480. Artículo 13.4: “*Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores deberán ajustarse a lo establecido en este artículo, resultando inaplicables en caso contrario. Durante el año 2010, debido a las actuales circunstancias económicas excepcionales y de acuerdo con lo previsto en el apartado diez del artículo 38 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público, se suspende la aplicación de los pactos o acuerdos que supongan incrementos retributivos*”.

regulación relativa a la carrera profesional. Y ello por cuanto ya no nos encontramos, al menos formalmente no lo estábamos antes de la irrupción de la COVID-19, en la situación económica excepcional que justificó tal norma.

Por tanto, el régimen de carácter extraordinario de acceso a la carrera profesional establecido en el acuerdo de 2007, con su contenido en cuanto a la excepción a los períodos mínimos de tiempo para acceder a los sucesivos grados, establecidos en el artículo 38 de la Ley de ordenación, ya no tiene causa de permanecer en suspensión. Así se deriva de la Ley 9/2009, en concreto de su exposición de motivos, que determina que la causa de la suspensión es la limitación del incremento retributivo. Dado que las posteriores leyes de presupuestos generales no contienen tal limitación, decae la causa de suspensión alegada por la Xunta, pese a lo cual no se ha procedido a su reactivación. De esta forma, y transcurridos más de 10 años desde la publicación de las normas que han establecido un sistema extraordinario de carrera profesional, el mismo sigue en suspenso.

Con este panorama en cuanto al sistema excepcional, es necesario examinar el desarrollo del sistema ordinario de carrera profesional. Este, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, no se efectúa hasta la Ley de salud de Galicia, Ley 8/2008⁹³. Por tanto, con carácter previo a la suspensión del régimen de carrera extraordinaria, se inicia el desarrollo del sistema ordinario. Así, el artículo 118 de la Ley de salud de Galicia, referido al personal de los servicios de salud, dice: *“Se establecerán mecanismos de carrera profesional articulados en un sistema de grados para el personal estatutario y, de acuerdo con su normativa básica, para el resto del personal del Sistema Público de Salud de Galicia, de forma que se posibilite la promoción del personal y el cumplimiento de los objetivos de la organización”*.

En estricto cumplimiento de las previsiones básicas de la normativa estatal, determina que los sistemas de carrera se basarán en el reconocimiento del desarrollo profesional en cuanto al cumplimiento de los objetivos de la organización, conocimientos y experiencia profesional en la Administración sanitaria, en aplicación de la normativa de ordenación de las profesiones sanitarias, pero con adaptación a las características del Sistema Público de Salud de Galicia.

Dada la estructura geográfica y poblacional de Galicia, se considera como criterio de reconocimiento *“... la prestación de servicios en centros comarcales con dificultades para la provisión de plazas de especialistas, así como a determinadas actividades formativas, docentes y de investigación”*. Es este criterio la única aportación novedosa de la norma en cuanto a la forma de valoración de los méritos, y supone una firme apuesta para paliar la dificultad de cobertura de los puestos en centros más remotos mediante una valoración ponderada de los años de servicio.

En cuanto a la retribución, el artículo 118 de la Ley 8/2008 establece en su primer apartado que la carrera profesional se articulará en un sistema de grados para el personal estatutario y, de acuerdo con su normativa básica, para el resto del personal del Sistema Público de Salud de Galicia, de forma que se posibilite la promoción del personal y el cumplimiento de los objetivos de la organización. Se reitera por tanto

⁹³ BOE n. 202 de 21 de agosto de 2008, pp. 35080 a 35115; DOG n. 143 de 24 de julio de 2008, pp. 14214 a 14258.

el contenido de la Ley 44/2003, determinando la necesidad de establecer sistemas de carrera y promoción profesional para los profesionales sanitarios, sin exclusión conforme al tipo de vínculo jurídico con el Sergas. Esto supone una diferencia sustancial con el sistema de acceso extraordinario establecido en el Decreto 155/2005, limitado en exclusiva al personal estatutario fijo y con un régimen excepcional para el personal de cupo y zona.

Con esta modificación en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la carrera profesional, se está acatando el mandato del Acuerdo marco celebrado entre la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que dio lugar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo⁹⁴. En concreto, al contenido de su cláusula 4.^a, principio de no discriminación, que proscribía el trato diferenciado de los trabajadores con un contrato de duración determinada por el mero hecho de estar sometido su vínculo a término.

6 Situación actual

Tras el desarrollo del régimen extraordinario en los años 2005, 2006 y 2007, y el posterior régimen ordinario en el año 2008, todo el sistema de carrera profesional se paralizó durante 10 años basándose en las dificultades presupuestarias. No es hasta la Orden de 20 de julio de 2018 por la que se publica el Acuerdo sobre las bases de la carrera profesional en el ámbito del Servicio Gallego de Salud y entidades adscritas a esta *consellería* y a dicho organismo⁹⁵ cuando la carrera profesional del personal estatutario gallego se retoma.

Dicha orden constituye la traslación normativa, por aprobación del Consejo de la Xunta de Galicia, del Acuerdo adoptado el 6 de julio de 2018 en la mesa sectorial de negociación del personal estatutario por los representantes de la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales CIG, CESM (en condición de adherida), UGT, CSIF y SATSE.

Tal y como expresamente señala la exposición de motivos, tiene como base normativa el artículo 38⁹⁶ del EBEP, el artículo 154 de la Ley 2/2015⁹⁷ del empleo público de Galicia, y los artículos 79 y 80⁹⁸ de la Ley 55/2003 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. Por tanto, con esta orden se da cumplimiento al mandato del apartado h, punto 2 del artículo 80: “2. *Deberán ser objeto de negociación, en los términos previstos en el capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, las siguientes materias: h) Los sistemas de carrera profesional*”⁹⁹.

⁹⁴ DOCE n. 175 de 10 de julio de 1999, pp. 43 a 48.

⁹⁵ DOG n. 144 de 30 de julio 2018, pp. 35244 a 35254.

⁹⁶ Artículo 38 EBEP: Pactos y acuerdos.

⁹⁷ DOG n. 82 de 04 de mayo de 2015, pp. 17003 a 17193; BOE n. 123 de 23 de mayo de 2015, pp. 43530 a 43656. Artículo 154. Pactos y acuerdos.

⁹⁸ Artículo 79. Mesas sectoriales de negociación; Artículo 80. Pactos y acuerdos.

⁹⁹ LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41. 2005, pp. 141 a 144.

El texto mantiene expresamente que se constituye como desarrollo obligado de las previsiones contenidas en la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias, así como en la Ley 55/2003 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. Reconoce por tanto que es un desarrollo muy tardío de lo que la norma preveía que debería haberse efectuado en el año 2007 (4 años desde su entrada en vigor). Como “excusa-explicación” a tal falta de diligencia, se establecen tanto la situación económica como las disponibilidades presupuestarias y, como propósito de enmienda, se acuerda “... pactar ciertas medidas excepcionales de progreso en la carrera profesional para el colectivo de personal fijo, principalmente aquel que fue afectado de un modo más relevante, en los últimos años, en sus expectativas de desarrollo profesional”.

Surge por tanto la duda de si este sistema, autoproclamado excepcional, de carrera profesional cumple con el mandato contenido tanto en la Ley 44/2003 como en la Ley 55/2003 de desarrollo de un sistema de carrera profesional ordinario, amén del juicio de valor que supone establecer que el personal fijo fue afectado de un modo más relevante en sus expectativas de desarrollo profesional. Tal manifestación de parte resulta aún más sorprendente por el hecho de que, con carácter previo a la publicación de ese sistema (julio de 2008), ya habían sido dictados múltiples autos por el Tribunal Supremo en los que se declaraba de interés casacional la cuestión: «... si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada “condiciones de trabajo” a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y al personal laboral no fijo y, en su caso, determinar si existe o no discriminación en aquellos supuestos en que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal»¹⁰⁰. Existía por tanto ya una duda cierta sobre la legalidad de un sistema de carrera profesional que excluyese al personal con vínculos temporales.

De hecho, con posterioridad a la publicación de la norma gallega, el Tribunal Supremo declaró en diversas sentencias¹⁰¹: «1.º) que la carrera profesional (...) está incluida en el concepto “condiciones de trabajo” de la cláusula 4 del acuerdo marco incorporado a la citada Directiva 1999/70 referida al principio de no discriminación, y a los efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicable al personal estatutario interino, al que viene referida la actuación impugnada. 2.º) que existe discriminación del personal estatutario interino por condicionarse su participación en la carrera profesional diseñada en ese acuerdo de la Mesa Sectorial a la circunstancia de haber superado un proceso de ingreso y, por tanto, a la adquisición previa de la condición de personal estatutario fijo, ello por no admitirse que ese condicionamiento integre una causa objetiva que justifique la diferencia de trato».

Este criterio se ha consolidado en sentencias posteriores del mismo tribunal, e incluso ha dado lugar a procesos contra la inactividad reglamentaria en la que incurre el Gobierno consistente en la ausencia de previsión reglamentaria e incumplimiento

¹⁰⁰ Auto 160/2018, de 15 de enero de 2018; Auto 161/2019, de 15 de enero de 2018; Auto 338/18, de 19 de enero de 2018; Auto 606/2018, de 31 de enero de 2018; Auto 3783/18, de 9 de abril de 2018.

¹⁰¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 (rec. casación 3723/2017); Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de febrero de 2019 (rec. casación 1805/2017).

de la obligación de desarrollo normativo del régimen de carrera expresamente establecido en norma con rango legal¹⁰².

En cuanto al concepto y objetivos de la carrera profesional gallega, se limita la norma a plasmar la regulación contenida en la Ley 44/2003 y en la Ley 55/2003, sin aportaciones propias de relevancia. Lo mismo se puede decir de las características de la carrera.

Las desafortunadas aportaciones gallegas no comienzan en el apartado 5, *Requisitos para acceder al sistema de carrera profesional y progresar en el mismo*, sino que se reservan para el apartado 6, *Estructura de grados*. Así, en tal apartado, como oculto requisito de acceso al grado inicial, se establece la fijeza en el vínculo, con la excepción de la inclusión del personal estatutario interino en plaza vacante o fijo de otra categoría que esté desempeñando una plaza vacante por promoción interna temporal. Se excluye por tanto del acceso a tal grado inicial al personal eventual, con independencia de los servicios que tenga acreditados. Dado que el acceso a los siguientes grados pasa por la permanencia en el grado inicial de un cierto período, junto con la evaluación positiva, el tipo de vínculo pasa a constituirse en un verdadero requisito de acceso. Resulta, por tanto, patente la contradicción con los presupuestos de la cláusula 4 del Acuerdo marco celebrado entre la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que dio lugar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, cláusula cuya aplicabilidad a los empleados públicos no puede ser puesta en duda desde las ya lejanas sentencias de los asuntos C-212/04¹⁰³, C-307/05¹⁰⁴, C-444/09¹⁰⁵ y 456/09 acumulados, C-16/15, C-184/15 y C-197/15¹⁰⁶ acumulados y C-596/14¹⁰⁷.

Máxime cuando en tales sentencias la Sala Décima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en procedimientos prejudiciales iniciados a instancias de juzgados y tribunales españoles y cuyo objeto común es la interpretación del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, había afirmado que la igualdad de trato de los empleados temporales se encuentra garantizada por el acuerdo marco, configurándose como un principio del derecho social de la Unión que no puede ser objeto de

¹⁰² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018 (rec. casación 4267/2016): falta de desarrollo de la disposición final décima y concordantes de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación, con ausencia de desarrollo y ejecución del sistema de carrera establecido para un colectivo de trabajadores públicos del Centro Superior de Investigaciones Científicas. El fallo estimatorio no solo condena al Estado a efectuar tal desarrollo reglamentario, sino que además obliga a que se realice en un plazo máximo de seis meses desde la firmeza de la sentencia, y ello en base a entender que "... estamos ante un claro supuesto de inactividad formal normativa pues la Administración incumple un claro e incondicionado deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general -inactividad reglamentaria-, es decir, la Administración ha incumplido un deber jurídico que viene representado por una actuación de la Administración -por omisión- al margen de las previsiones legales y contribuyendo a que estas queden sin efecto... Como hemos visto la Administración no ha ejecutado la previsión de desarrollo reglamentario para la efectividad de la carrera profesional y régimen retributivo de los recurrentes, que debió entrar en vigor el 1 de enero de 2014, ello estando el Gobierno plenamente sometido a la ley y al derecho ex artículo 103.1 de la Constitución y, además, siendo el Gobierno el titular de la potestad reglamentaria..."

¹⁰³ C-212/04 – Adeneler y otros; ECLI:EU:C:2006:443.

¹⁰⁴ C-307/05 – Del Cerro Alonso; ECLI:EU:C:2007:509.

¹⁰⁵ C-444/09 – Gavieiro Gavieiro y Iglesias Torres; ECLI:EU:C:2010:819.

¹⁰⁶ C-197/15 – Castrejuna López; C-184/15 – Martínez Andrés; ECLI:EU:C:2016:680.

¹⁰⁷ C-596/14 – De Diego Porras; ECLI:EU:C:2016:683.

interpretación restrictiva, estableciendo expresamente en los considerandos 26 y 27 de la sentencia recaída en el asunto C-596/14:

“26. El acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida.

27. Habida cuenta de los objetivos que persigue el acuerdo marco, la cláusula 4 de este debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva”.

Pese a lo claro de la doctrina expuesta, la orden redonda en nuevas referencias a la fijeza en apartados tales como el 10, *Reconocimiento de los grados de carrera profesional alcanzados en otros servicios de salud*, en el que se limita a incluir al personal estatutario fijo que se incorpore al servicio activo en el Sergas o entidades adscritas a este, sin admitir ni tan siquiera los mismos derechos para quien se incorpore con vínculo de interinidad. Se establecen por tanto requisitos aún más severos en cuanto al vínculo en el caso de provenir de otro sistema de salud, así como en la regulación de la incidencia de la promoción interna en la carrera profesional (apartado 11), dado que nuevamente se limita el reconocimiento al personal fijo.

El apartado 14 establece un régimen transitorio y excepcional de encuadre que reconoce la posibilidad de obviar el grado inicial, e incluso grados superiores, para quienes ya hubieran obtenido el reconocimiento de algún grado conforme al sistema excepcional del año 2005. Este sistema excepcional ya requería, y continúa requiriendo de forma expresa, tener el carácter de personal estatutario fijo, sin concesiones siquiera a la situación de cobertura de vacantes por interinidad como en el sistema ordinario. Incluso el apartado c) reitera tal requisito para el personal al que le resulte de aplicación el sistema retributivo de la Ley 55/2003 del estatuto marco (transitoriamente Real decreto ley 3/1987 y normativa complementaria) que no tenga reconocido algún grado de carrera profesional en la categoría/especialidad en la que esté en activo, al que se le exige para acceder al grado I acreditar un mínimo de cinco años de servicios prestados como personal estatutario y que, de tal experiencia, al menos un año sea como personal estatutario fijo. Este régimen transitorio y excepcional de encuadre supone, tal y como expresamente se regula, dejar sin efecto, en su totalidad, los regímenes extraordinarios de carrera profesional acordados en la Mesa Sectorial y aplicados en el Sergas y entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad y a dicho organismo.

En el apartado 15.6, y en relación con la convocatoria de los grados I a VI, se establece nuevamente el requisito de haber alcanzado la condición de fijo del Servicio Gallego de Salud o entidades adscritas antes de 31 de diciembre de 2011, y el carácter de personal estatutario, para quedar exonerado del requisito de permanencia en el grado anterior, siempre que hubiese permanecido continuadamente en situación de servicio activo desde el último reconocimiento de grado. Toda esta regulación, las referencias al tipo de vínculo que permite el acceso al sistema de carrera profesional, las

prerrogativas que se establecen para el personal con vínculo fijo, y, en algunos casos con vínculo de interinidad, así como su innegable contradicción con las disposiciones contenidas en la cláusula 4.^a de la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, han sido el argumento principal de las demandas que se han formulado contra la citada orden, y que han dado lugar, entre otras, a la Sentencia de 27 de noviembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia¹⁰⁸, cuyo fallo estimatorio anula, por contradictorios con el ordenamiento jurídico:

La limitación contenida en su apartado 6, grado inicial, referida a “Estructura de grados”, que establece: “Grado inicial: podrá acceder el personal fijo de la categoría y el personal estatutario interino en plaza vacante o fijo de otra categoría que esté desempeñando una plaza vacante por promoción interna temporal.

Apartado 14. Régimen transitorio y excepcional de encuadramiento, cuyo tercer párrafo, en relación al personal estatutario fijo, señala: “Podrá participar en este proceso el personal estatutario fijo del Servicio Gallego de Salud y entidades públicas adscritas a la Consellería de Sanidad y a dicho organismo que en esta fecha reúnan los siguientes requisitos.

Apartado 15. Otras cláusulas, punto 6, que dispone: En dicha convocatoria (2020) el personal que hubiere alcanzado la condición de fijo del Servicio Gallego de Salud o entidades adscritas antes del 31 de diciembre de 2011, y que en el momento de esa primera convocatoria sea personal estatutario...”

Estableciendo su fallo expresamente que debe *“Condenar a la Administración demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a incluir en el ámbito de aplicación de la orden atacada a todo el personal vinculado al Sergas con los requisitos de permanencia y servicios previos establecidos, sin diferenciación por razón de la naturaleza o duración del vínculo”*.

Por parte de los Servicios Jurídicos del Sergas se ha anunciado el propósito de recurrir en casación tal pronunciamiento judicial, si bien la preexistencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2018, ya aludida, hace intuir la desestimación de tal recurso. En esta se establece como objeto casacional: *«... si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada “condiciones de trabajo” a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y al personal laboral no fijo y, en su caso, determinar si existe o no discriminación en aquellos supuestos en que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal»*. Con tal planteamiento, toma como base interpretativa el pronunciamiento del TJUE en el Auto de 22 de marzo de 2018 – asunto C- 315/17¹⁰⁹– al resolver una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Zaragoza en un procedimiento referido a la exclusión de la carrera profesional horizontal de una funcionaria interina de la Universidad Pública de Zaragoza, auto en el que se mantiene que la cuestión puede ser resuelta basándose en decisiones anteriores, citando

¹⁰⁸ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de noviembre de 2019. Recurso 263/2018.

¹⁰⁹ C-315/17 – Centeno Meléndez; ECLI:EU:C:2018:207.

en concreto el Auto del asunto C-631/15¹¹⁰. Teniendo en cuenta tales antecedentes, establece que es innegable que la carrera profesional horizontal tiene el carácter de condiciones de trabajo, estando por tanto amparada por el acuerdo marco incluido en la Directiva 1999/70, y que la diferencia de trato entre trabajadores fijos e interinos no se sustenta en razones objetivas, y por tanto vulnera la directiva.

7 Conclusiones y propuestas de mejora

El sistema de carrera profesional establecido para el personal estatutario, tal y como se ha venido configurando hasta el momento en las comunidades que han procedido a su desarrollo, y particularmente en Galicia, no sigue el sistema establecido en el EBEP, dado que se configura como una singular antigüedad, en la que se reitera el modelo clásico que la propia exposición de motivos del EBEP considera “... *injusto y contrario a la eficiencia*”. Así, se dispensa el mismo trato a la totalidad de la plantilla, con independencia del rendimiento real o implicación con el servicio.

Quiebra este sistema, tal y como está configurado, los principios de eficiencia y de valor generado por los recursos públicos, sin que se consiga con su aplicación la mejora de la motivación, rendimiento y productividad del personal estatutario, y ello pese a mantenerse en el artículo 2.3 del EBEP que al personal estatutario le es de aplicación la normativa del EBEP referida a la evaluación del desempeño y las retribuciones complementarias concordantes.

El sistema gallego no tiene una decidida definición de los objetivos que se pretenden conseguir con la carrera profesional, no se conceptualiza el nivel óptimo de rendimiento, ni los mínimos que debe cumplir el personal estatutario, lo que hace que la herramienta de evaluación carezca de la precisión imprescindible, máxime cuando los únicos elementos contenidos en el desarrollo normativo carecen de concreción objetiva más allá de la antigüedad en el desarrollo del puesto, la permanencia y la acreditación de participación en acciones formativas.

El anexo I de la Orden de 18 de julio de 2018, referido a la estructura básica del baremo, realiza un intento muy voluntarista de establecer unos indicadores reales de rendimiento, pero, pese a ser una norma de desarrollo de las previsiones legales, no pasa de demorar a instrumentos futuros; véase la previsión final del área II como ejemplo cuando establece: “*En tanto no se definan las áreas y las formas de evaluación y medida de los mapas de competencias comunes o específicos de cada categoría, la evaluación de la competencia asistencial se enmarcará dentro de los indicadores de actividad asistencial, unificándose las áreas I y II y acumulándose sus puntuaciones máxima y mínima*”, la efectiva creación de indicadores medidos y objetivables, en cumplimiento de las previsiones tanto del EBEP como del estatuto marco en esta materia.

La realidad parece que sigue mucho más las indicaciones que el propio baremo establece en su área III: *Actividades de formación continuada debidamente acreditadas, en términos semejantes a los previstos en los baremos de los procesos de provisión de*

¹¹⁰ C-631/15 – Álvarez Santirso; EU:C.2016:725.

plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud para las profesiones sanitarias. Es decir, en la plasmación real del sistema parece que se limita a constituirse en un baremo equivalente al de los procesos de provisión de plazas, con cuantificación de antigüedad, permanencia en el puesto y formación, no referido al real desempeño individual.

¿Supone esto la vulneración del carácter básico del EBEP por esta regulación? Es un poco extremista entender que se está vulnerando el estatuto básico, pero, al menos hasta el momento, el sistema instaurado en la comunidad gallega no puede entenderse que cumpla estrictamente con las previsiones del artículo 22 del EBEP en cuanto a que las retribuciones complementarias sean “... *las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento resultados alcanzados por el funcionario...*”. Ni las del artículo 24 en cuanto a que los complementos retributivos se basen en la “... *progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa*”. No se aprecia la pretendida íntima conexión con el puesto de trabajo concreto y la actuación real del funcionario en el desarrollo de este.

Observando el baremo establecido en el anexo de la orden, resulta evidente que la implicación y el compromiso con la organización como criterios de valoración tienen una importancia ponderada mínima en la consecución de una valoración positiva; así, se contraen al área IV, Implicación y compromiso con la organización, y se otorga un máximo de 15 puntos dentro de los 100 posibles a estos criterios. Los criterios que se reconocen en este apartado son los que realmente se corresponden con la intencionalidad inicial de la carrera profesional: “*disponibilidad efectiva para la prestación de servicios en centros de distintas localidades o en centros que sean de difícil cobertura asistencial. Dedicación exclusiva en el desempeño del puesto de sector público. Desempeño de puestos de jefatura, coordinación, supervisión, dirección y responsabilidad. Colaboración en proyectos corporativos de carácter social, sociosanitario o de prevención de riesgos laborales. Participación en grupos de trabajo, comisiones clínicas y comités constituidos formalmente. Participación en tribunales y órganos de selección/provisión/evaluación. Participación en los protocolos diseñados por la organización para la acogida del personal de nueva incorporación. Otras actividades indicativas de la implicación y compromiso con la organización que no sean objeto de valoración en otras áreas del baremo*”. Es evidente que la implantación de un sistema con estas características implica obligatoriamente un incremento de medios técnicos para la evaluación, pudiendo ser esta una de las causas de la actual simplificación del sistema de valoración.

El propio Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público publicado por el INAP en 2005 instaba a la definición de objetivos e indicadores de rendimiento, requiriendo la efectividad del sistema la creación de sistemas objetivos de la evaluación del desempeño, que deberán basarse en los principios constitucionales contenidos en el artículo 103.3 CE, lo que, hasta el momento, realmente no se ha hecho. La dificultad evidente pasa por la determinación de tales sistemas objetivos, teniendo en cuenta además la obligatoria negociación de los mismos con los interlocutores sociales.

Regap



ESTUDIOS

La equidad del sistema debe pasar por el conocimiento previo y exacto por el trabajador de los objetivos de los que va a depender su evaluación, con capacidad para discrepar de esta y de hacer alegaciones. La garantía de conocimiento colectivo de las evaluaciones se debe mantener, como en la extinta productividad, como medida de transparencia y de incremento de la objetividad de la evaluación.

Las conclusiones de los pocos estudios que se han realizado a la aplicación hasta el momento de la carrera profesional en los diversos sistemas de salud del territorio español no ofrecen unos datos excesivamente positivos. Establecen los limitados objetivos conseguidos hasta el momento en la implantación del sistema de carrera profesional, que se ha terminado por configurar más como un nuevo complemento de antigüedad, destinado a retribuir la permanencia en el servicio activo, que un complemento por cumplimiento de objetivos. Otro de los errores cometidos en su implantación, común en el ámbito comparado de las diversas comunidades, es la divergencia entre los sistemas. Debe modificarse el sistema actual en el que las retribuciones básicas se determinan en atención a la posición que se ocupa en la Administración, el cuerpo o escala a la que se pertenece, pero las complementarias, como la carrera profesional, se deben referir al desempeño de las labores, al puesto concreto ostentado, retribuyendo realmente la progresión alcanzada, la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad o condiciones del puesto de trabajo, el interés, iniciativa, esfuerzo, rendimiento o resultados obtenidos, y los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

Y en Galicia, la previsible confirmación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de noviembre de 2019 por parte del Tribunal Supremo se debe tomar como una oportunidad de reconducir el sistema hacia otro que no solo respete la igualdad de derechos entre los trabajadores con vínculo indefinido y temporal, sino que respete la configuración que se ha pretendido dar desde las normas legales a la carrera profesional, reforzando los criterios establecidos en el área V con un mayor valor ponderado en la suma total. Esperemos que la coyuntura económica derivada de la COVID-19 no implique una nueva suspensión de la carrera profesional, con los mismos efectos de la Ley de presupuestos generales del año 2009 para el sistema extraordinario entonces pactado.

Bibliografía

- ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones del sistema nacional de la salud*, Civitas, Madrid, 1999.
- CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo de la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- CORONADO BENITO, M., “Derecho sanitario y personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: Régimen retributivo de dicho personal”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Ejemplar dedicado a: Personal estatutario de la Seguridad Social), CGPJ, Madrid, 2000.

- DE MIGUEL PAJUEL, F., “Artículo 16. Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera”, Palomar Olmeda, A. (dir.), Sempere Navarro, A.V. (dir.) y Quintanilla Navarro, R.Y. (coord.), *Comentario a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., “El sistema normativo de la relación de servicio del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Ejemplar dedicado a: Personal estatutario de la Seguridad Social), CGPJ, Madrid, 2000.
- FARRERONS NOGUERA, L., *Historia del sistema sanitario español: Debates parlamentarios, 1812-1986*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2013.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Estatuto Básico y carrera funcional”, Linde Paniagua, E. (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- GARCÍA NINET, J.I., “Antecedentes o Precedentes del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud”, *Derecho y Salud*, volumen 14, número extra 2, 2006.
- GARCÍA TREVIJANO, J.A., “Tratado de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Privado*, tomo III, volumen II, Madrid, 1970.
- GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZÁRRAGA BONELLI, E. (coords.), *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, 2.ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “El sistema de retribución por complementos”, *Documentación Administrativa*, n. 101-102, 1966.
- GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, n. 210-211, mayo-septiembre 1987.
- JUNQUERA GONZÁLEZ, J., GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Las retribuciones de los funcionarios públicos”, *Asociación Española de Administración Pública*, n. 1, 1979.
- LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41, 2005.
- LOZANO MOSTAZO, M.A., “Capítulo VIII, Carrera Profesional”, Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A.V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- LONGO, F., “Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas”, *Presupuesto y Gasto Público*, n. 41, 2005.
- MÍGUEZ MACHO, L., “O desenvolvimento legislativo do Estatuto básico do empregado público en tempos de crise: a nova Lei do emprego público de Galicia”, *Revista Galega de Administración Pública. Monográfico: Emprego Público*, n. 49, enero-junio de 2015.
- MONTOYA MELGAR, A., “El personal estatutario de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del sistema nacional de

Regap



ESTUDIOS

- salud”, *Manuales de Formación Continua*, n. 11 (Ejemplar dedicado a: Personal estatutario de la Seguridad Social), CGPJ, Madrid, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España: evolución histórica y situación actual*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- NIETO GARCÍA, A., “La retribución de los funcionarios en España”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1967.
- NIETO ROJAS, P., “La evaluación del desempeño. Una Herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos”, *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008*, vol. 2, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2009.
- PADILLA RUIZ, P., *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo I. Introducción, organización administrativa, empleo público*, 26.ª ed., UNED, Ed. Académicas, Madrid, 2017.
- PAREJO ALFONSO, L., “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, *Administraciones Públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998.
- PARRILLA VALERO, F., “En busca del origen de los farmacéuticos titulares”, *Gaceta Sanitaria*, n. 23 (I), 2009.
- PENDAS GARCÍA, B., “El régimen jurídico del personal al servicio de las entidades gestoras, servicios de intervención general e instituciones sanitarias de la Seguridad Social”, AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F. y VILLEGAS OLIVA, A., “El personal estatutario del Sistema Nacional de Salud español”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 10, segundo semestre 2013.
- PÉREZ GÓMEZ, J.M. y PÉREZ LÓPEZ, R., “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Volumen 13, n. 2, 2005.
- PIÑARMAÑAS, J.L., “El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, n. 111, 1986.
- SALA FRANCO, T., “El personal al servicio del Sistema Nacional de la Salud”, AA.VV., *Cuestiones de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- TOWSON, N., “Saneando la Sanidad: La Ley de Coordinación Sanitaria de 1934”, *La crisis constitucional desde una perspectiva republicana. Centro de Investigación y Estudios Republicanos*, Cuaderno 11, n. 57, octubre de 2005.

Regap

Comentarios y crónicas

2

Reflexións sobre a avaliación da normativa de compra pública. Unha realidade factible ou un desiderátum inalcanzable?

Reflexiones sobre la evaluación de la normativa de compra pública. ¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable?

Reflections on the assessment of public purchasing regulations. A feasible reality or an unreachable desideratum?



ELENA HERNÁEZ SALGUERO

Secretaria general técnica de la Consejería de Presidencia
Comunidad de Madrid

elena.hernaez@madrid.org

Recibido: 17/06/2020 | Aceptado: 03/07/2020

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4557>

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Resumo: A sociedade do *big data*, da análise e tratamento da información imprégna-se en todos os sectores de actividade. Un sector público moderno non pode quedar atrás neste relativamente novo xeito de facer as cousas.

Tradicionalmente, o legislador tanto europeo como nacional prestoulle grande atención ao aspecto procedimental da compra pública, regulando de forma máis liviá os aspectos da gobernanza. Non obstante, a Lei de contratos do sector público contén un título completo destinado á gobernanza na compra pública, no cal se regulan distintos órganos e mecanismos tendentes a ofrecer, por un lado, e a tratar, por outro, a dita información da compra pública que permita avaliar o sistema establecido.

Este traballo constitúe asemade un exame e unha reflexión sobre as posibilidades da avaliación da normativa de compra pública.

Palabras clave: Avaliación, eficiencia, datos, estratexia e compra pública.

Resumen: La sociedad del *big data*, del análisis y tratamiento de la información se impregna en todos los sectores de actividad. Un sector público moderno no puede quedarse atrás en este relativamente nuevo modo de hacer las cosas.

Tradicionalmente, el legislador tanto europeo como nacional ha prestado gran atención al aspecto procedimental de la compra pública, regulando de forma más liviana los aspectos de la gobernanza. Sin embargo, la Ley de contratos del sector público contiene un título completo destinado a la gobernanza en la compra pública, en el que se regulan distintos órganos y mecanismos tendentes a ofrecer, por un lado, y a tratar, por otro, dicha información de la compra pública que permita evaluar el sistema establecido. El presente trabajo constituye a la vez un examen y una reflexión sobre las posibilidades de la evaluación de la normativa de compra pública.

Palabras clave: Evaluación, eficiencia, datos, estrategia y compra pública.

Abstract: The society of big data, of the analysis and treatment of information is impregnated in all sectors of activity. A Modern Public Sector cannot be left behind in this relatively new way of doing things. Traditionally, both the European and national legislators have paid great attention to the procedural aspect of public procurement, regulating governance aspects more lightly. However, the Public Sector Contracts Law contains a complete title intended for governance in public procurement, which regulates different bodies and mechanisms aimed at offering, on the one hand, and treating, on the other hand, such information on public procurement that allow evaluating the established system. This work constitutes both an examination and a reflection on the possibilities of evaluating public procurement regulations.

Key words: Evaluation, efficiency, data, strategy and public procurement.

SUMARIO: 1 La evaluación como exigencia del principio de eficiencia. 2 Parámetros de la evaluación de la normativa de compra pública. 3 Elementos y pasos de la evaluación. 4 La evaluación de la compra pública diseñada en la LCSP. 5 Conclusión.

1 La evaluación como exigencia del principio de eficiencia

La evaluación de la compra pública. ¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable? El planteamiento de la cuestión de forma dual o polarizada puede parecer extremo; sin embargo, no son pocos los ejemplos en que la evaluación normativa, como proceso que tiene por objeto determinar en qué medida se han logrado los objetivos previamente establecidos en el ámbito normativo, queda no ya en un segundo, sino en un último plano en el conjunto del sistema de la compra pública.

Pero ¿dónde encuentra su marco normativo tal actividad? Con carácter general, el artículo 130.1 de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP), establece que deberá evaluarse periódicamente la “*normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas*”. Esta previsión normativa sobre la evaluación normativa se desarrolla en el Real decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regula el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración general del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, cuyo artículo 3 determina los criterios a considerar a la hora de identificar las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación; entre otros, el coste o ahorro presupuestario significativo, el incremento o reducción de cargas administrativas, el impacto sobre la economía, efectos significativos sobre la unidad de mercado, la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas, impacto relevante por razón de género, infancia, adolescencia o sobre la familia.

Completa el marco general la regulación propia de cada sector de la actividad pública, en este caso de la compra pública.

El mecanismo de la evaluación debe insertarse en el conjunto del sistema normativo con normalidad, si bien en la práctica todavía resulta residual en la actividad

de producción normativa entendida en su conjunto y de forma amplia, abarcando la preparación (estudios previos, consultas, etc.) la producción y la aplicación y sus efectos. Sin duda, debería ser pieza central del mismo si se observa desde la óptica del principio de eficacia al que debe orientarse la actuación de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución española¹, principio que exige una justificación de la adecuada aplicación de los medios de que disponen las administraciones públicas para la consecución de los fines que les son propios, como una materialización del concepto de calidad normativa².

Estos fines, que se podrían resumir en el ámbito del concepto jurídico indeterminado “interés general”, en un Estado social como el que proclama la Constitución española, atienden al bienestar colectivo, disperso en múltiples sectores que quedan afectados por él. No en vano, de las primeras referencias en el ordenamiento a la evaluación se contemplan en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, de regulación transversal, sin perjuicio de que su contenido haya sido derogado al incluirse en la LPACAP³.

Vivimos inmersos, pues, en un sistema en el que la presencia de lo público se extiende en sus diversas modalidades –promoción, policía y provisión directa– en todos los aspectos de la vida ciudadana, siendo esta suerte de omnipresencia el eje central de la actividad política que en el tiempo actual se caracteriza, entre otras notas, por la inmediatez y la rapidez de producción, incluyendo fenómenos como el que la opinión pública denomina “legislar en caliente”, que, más que a una auténtica finalidad de consecución de objetivos en el cauce del interés general, asemejan técnicas de márketing⁴, más propias de la actividad privada que de lo público.

Ahora bien, como es sabido, la eficacia no es sinónimo de eficiencia, exigiendo el alcance de esta última dar un paso más, considerando que este concepto comprende

¹ PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996; PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989.

² Proyecto *Worldwide Governance Indicators (WGI)* (Indicadores de Gobernanza a través del Mundo), desarrollado por los miembros del Banco Mundial y del Instituto del Banco Mundial. El proyecto publica indicadores globales e individuales para más de 200 países en diversas dimensiones de la gobernanza: entre los que se encuentra la calidad de la regulación. Disponible en: http://info.worldbank.org/governance/wgi/sc_country.asp.

³ Artículo 5.3 LES. *Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las administraciones públicas:*

1. Impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que estas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

2. Prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas.

3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación.

⁴ CHEVALLIER, J. y LOSCHAK, D., *Science administrative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1978, “la «racionalidad jurídica» va cediendo terreno en todo el Estado a la «racionalidad material»”.

elementos como la justificación de la propia necesidad de la norma, su proporcionalidad para alcanzar sus fines, sus costes, su relación con el impacto objetivo de aquella, etc.

En este escenario, la evaluación normativa constituye un mecanismo dirigido a garantizar la calidad material de las normas, como complemento a su calidad formal⁵, que, si atendemos a la literalidad del derogado artículo 5 de la LES, constituiría la “tercera pata” del mecanismo previsto, junto con el análisis previo de las iniciativas normativas desde la perspectiva de la eficacia, y la participación pública a través del procedimiento de consulta pública. Se insertan, por tanto, las medidas de evaluación normativa en el objetivo final de eficiencia y calidad normativa, como previene la OCDE; “*los países de la OCDE han invertido en la calidad de las leyes y reglamentos, pero hay margen de mejora para todos*”⁶.

La todavía relativamente escasa incidencia de los mecanismos de evaluación no solo radica en el enfriamiento del interés una vez puesta la norma en el ordenamiento, sino muy fundamentalmente en la dificultad de atender a los costes de la implementación de los medios adecuados y suficientes para llevar a cabo dicha tarea “disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación”. El Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo número 10/2015, relativo a la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, recuerda que la política de la Unión Europea en lo relativo a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación con la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema.

“En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la integridad”.

Cuando hablamos de evaluación normativa, no hablamos de un concepto unívoco, sino que se hace preciso distinguir dos tipos de evaluación en función de su alcance; de un lado, la evaluación normativa propiamente hablando y, de otro, la evaluación de la norma desde el punto de vista de la estrategia. La evaluación normativa estrictamente hablando se desenvuelve en el ámbito del examen del cumplimiento de las obligaciones y previsiones establecidas en la ley, y de otro lado, en el de la evaluación estratégica, que tiene por objeto verificar el impacto que las medidas implementadas normativamente tienen sobre las realidades que se pretende regular.

⁵ PRIETO ROMERO, C., “La planificación y la evaluación normativa en la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 26 de febrero de 2018.

⁶ *Todos los países de la OCDE y de adhesión ahora tienen una política explícita para promover la calidad regulatoria en todo el gobierno, y han avanzado en la adopción de herramientas clave de política reguladora, como los procesos de participación de las partes interesadas y la evaluación del impacto regulatorio (RIA). Aun así, las herramientas de política regulatoria todavía están infrutilizadas o no se aplican de manera efectiva en la mayoría de los países.* Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-policy-outlook-2018-9789264303072-en.htm> (Consultado el 14 de junio de 2020).

Mientras que la primera encuentra su referencia en la comparación de la realidad con la norma de carácter imperativo, la segunda encuentra tal referencia en estrategias, planes o programas que no tienen tal carácter imperativo por lo general. No obstante lo anterior, la misión de la evaluación normativa trasciende del simple test del cumplimiento de la norma al caso concreto –para el que existen una serie de mecanismos de control previo y *ex post*–, siendo su objeto reflejar sus resultados a modo de estudios o “muestras estadísticas”.

El ámbito en que, a mi juicio, la evaluación resulta más idónea a la postre desde el punto de vista del principio de eficiencia no es tanto el singular de la propia norma considerada individualmente, sino el más amplio y estratégico de los planes o conjuntos normativos que atienden a la consecución de la misma finalidad. Ya se trate de planes, programas o estrategias, es en estos donde se aprecian con mayor amplitud los parámetros que permiten apreciar el grado de efectividad del conjunto de normas adoptadas.

Aún podemos hablar también de evaluación *ex ante* o prospectiva, constituida por el estudio previo de los impactos (económicos y sociales principalmente) de la norma proyectada, y *ex post* o retrospectiva, realizada una vez que las normas están siendo aplicadas, sobre la que versa este artículo. Podemos, no obstante, señalar como punto de partida que en ambos escenarios se aprecian dificultades para considerar implantado un auténtico sistema de evaluación que permita vislumbrar siquiera los objetivos de las estrategias europeas en materia de regulación –*better regulation*–⁷.

Las reflexiones de este trabajo se refieren, por tanto, especialmente a la evaluación retrospectiva y estratégica de la nueva normativa reguladora de la compra pública.

2 Parámetros de la evaluación de la normativa de compra pública

En este marco se presenta la evaluación de la normativa de compra pública que forma parte de la Estrategia 2020 de la Unión Europea EUROPA 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM/2010/2020 final), del que el conjunto normativo en el ámbito de la *compra* pública forma parte, lo que se ha denominado *tool box* o “caja de herramientas”, contenido básicamente en el denominado cuarto paquete de directivas de contratación pública o directivas de cuarta generación. Este marco es definido por la Comisión en cinco objetivos cuantificables para 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Al servicio de la consecución de los mismos aparece la compra pública.

La Comunicación plantea su vocación no solo estratégica, sino evaluadora, al indicar que “*con vistas a 2020, la UE debería acordar comúnmente un número limitado de objetivos principales que sean representativos de la perspectiva de un crecimiento*”

⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, 2017. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf> (Consultado el 16 de junio de 2020).

inteligente, sostenible e integrador. Deben ser mensurables, capaces de reflejar las diferentes situaciones de los Estados miembros y basados en datos suficientemente fiables a efectos comparativos". Por lo tanto, la primera fuente en la que encontrar los parámetros evaluadores de la compra pública es el ordenamiento europeo.

A la hora de determinar los parámetros que orientarían la evaluación del cumplimiento de los objetivos, debemos no solo considerar el marco de producción normativa de las directivas, esto es, la Estrategia 2020, sino también y muy especialmente los objetivos descritos en el procedimiento de producción normativa, que en el ámbito europeo se traduce en una suerte de "diálogo" entre el Parlamento y la Comisión, cuyas consideraciones constituyen la mejor de las exposiciones de motivos. Así, la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), establece las misiones o los objetivos a satisfacer: "*Primera misión: mejora de la claridad jurídica, Segunda misión: desarrollar todo el potencial –la mejor rentabilidad–, Tercera misión: simplificar las normas y permitir procedimientos más flexibles, Cuarta misión: mejora del acceso para las PYME, Quinta misión: asegurar unos procedimientos razonables y evitar ventajas desleales, como medida anticorrupción, Sexta misión: incrementar el uso de la contratación electrónica*". Objetivos estos finalmente plasmados en los considerandos de las directivas de compra pública.

Junto con estos objetivos, no cabe desconocer que la compra pública se desenvuelve en el seno de los principios de los tratados de la Unión Europea y, en concreto, de los derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18) en aras de la efectiva implantación de la libre circulación de personas, servicios y capitales, principios cuyo papel rector se residencia no solo en la actividad de producción y aplicación de las normas, sino también en la ponderación del impacto de estas.

Por último, por más que la regulación de la contratación pública sea fruto de la transposición del cuarto paquete de directivas, no podemos olvidar los objetivos propios resultantes de la idiosincrasia del legislador español, expuestos en el preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de marzo, de contratos del sector público, LCSP. "*Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio*"⁸, para lo cual plantea "*la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato*", recogiendo asimismo la necesidad de simplificación de los trámites de los procesos de compra pública.

Recapitulando todo lo anterior, se ofrece un panorama claro de los parámetros con que debería abordarse la evaluación de la normativa de la compra pública, a saber: estrategia, seguridad jurídica, simplificación de procedimientos, mejora en la eficiencia de la compra pública consiguiendo mejores ratios en la relación calidad/precio,

⁸ Resulta cuando menos llamativo en primer lugar el establecimiento de una especie de orden en la enumeración de los principios que inspiran la norma, pero más llamativo aún es la preponderancia que el texto otorga al principio de transparencia sobre el que debiera ser el objetivo central de la compra pública si atendemos a su finalidad, que no es otra que la de proporcionar al sector público bienes y servicios con la mejor relación calidad/precio.

transparencia y lucha contra la corrupción, así como el incremento de la contratación electrónica como medida instrumental imprescindible para el logro de los anteriores.

3 Elementos y pasos de la evaluación

Afrontar la labor evaluadora de cualquier actividad exige la aplicación de dos elementos que la conforman; de un lado, los datos y, de otro, el método de evaluación. Es la combinación de dato y método la que permite llegar a conclusiones en la evaluación normativa.

Los datos constituyen la información que permite llegar al conocimiento de aquello a que están referidos. Ciertamente, estamos inmersos en un mundo de información que tiene valor económico, constituye objeto de transacciones, de protección y de regulación, y por tanto el mundo jurídico no puede escapar al nuevo paradigma del valor esencial de los datos. El abordaje de la evaluación normativa de la compra pública se viene desarrollando principalmente desde el punto de vista de los datos, identificándose con la elaboración de estadísticas. Son muchos los instrumentos normativos que establecen entre sus previsiones la de recopilar datos⁹.

Obviamente, los datos de la compra pública en cuanto información disponible siempre están al alcance de las entidades del sector público como sujetos productores en gran parte de dicha información y una de las dos partes en los negocios jurídicos origen de la misma. Asimismo, la Administración puede tener acceso a otros datos que conformarían la información estratégica de la compra pública y que comprenden la información del impacto de la normativa en los mercados o sectores cuya afectación se busca implementar con la regulación.

No resulta tan fácil para terceros acceder a toda la información. Sin embargo, el nuevo modo de relacionarse con los ciudadanos ha traído consigo una completa normativa en materia de transparencia que permite el acceso a los datos, tanto desde la óptica de la publicidad activa como pasiva plasmada en el derecho de acceso. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), exige así en su artículo 8 que se publiquen *“todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.*

⁹ Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (Acuerdo de Marrakech): anexo 4b artículo XIX: *“Cada parte reunirá, y facilitará al comité anualmente, estadísticas sobre los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente acuerdo. En ellas figurará la información que se detalla a continuación acerca de los contratos adjudicados por todas las entidades contratantes comprendidas en el presente acuerdo (...).*

Para cerciorarse de que esas estadísticas son comparables, el Comité establecerá directrices sobre los métodos que deben utilizarse”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-1850> (Consultado el 14 de junio de 2020).

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público”.

Esta regulación sobre los datos en el ámbito de la compra pública se completa con la regulación que del contenido de la plataforma de contratos del sector público, del registro de contratos y de los perfiles de contratante hacen los artículos 347, 345 y 63 de la LCSP respectivamente.

Estos preceptos contienen la regulación básica de qué datos deben ofrecerse y la forma en que debe verificarse la puesta a disposición de estos, señalando únicamente el apartado 8 del artículo 347 que la información se publicará en estándares abiertos y reutilizables, y el apartado 2 del 345 que la información sobre la contratación pública compilada en el Registro de Contratos del Sector Público deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional. A estas exigencias de que se trate de datos abiertos y reutilizables previstas específicamente cabe añadir la interoperabilidad o capacidad de compartir datos y posibilitar el intercambio de información. Esta regulación se ve complementada con lo establecido en la LTAIPB en relación con las características de los datos que para la publicación activa de los mismos se fijan en los apartados 4 y 5 de su artículo 5, que a las exigencias antes señaladas de datos en abierto reutilizables e interoperables añade que los datos deberán ser ofrecidos *“de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados, será comprensible, de acceso fácil y gratuito”*.

Por lo tanto, una adecuada valoración exige como instrumento esencial el acceso a datos abiertos, reutilizables, interoperables, gratuitos y de acceso fácil y además ofrecidos con una estructura clara que los haga comprensibles.

El segundo elemento que determina una adecuada valoración o evaluación de la normativa es el sistema o método aplicado a la evaluación, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo y exige la existencia de profesionales expertos con conocimientos para, analizando los datos, llegar a conclusiones y extraer propuestas.

Íntimamente relacionado con los elementos que forman parte de la evaluación se encuentran los pasos o fases de esta en cuanto la evaluación se configura como un proceso. Efectivamente, la mera recopilación de información no constituye una evaluación por más que sea presupuesto *sine qua non* de la misma. Debe, por tanto, continuarse con una segunda fase de clasificación y tratamiento de la información, su examen y estudio desde diversas ópticas para poder llegar a una tercera fase en que se extraigan las conclusiones que permitan ofrecer un panorama de la compra pública que sea un reflejo de la realidad de esta, que a su vez introduzca el análisis de las posibles intervenciones correctoras.

4 La evaluación de la compra pública diseñada en la LCSP

El sistema de evaluación de la normativa de la compra pública diseñado en la LCSP se concreta por referencia a los órganos encargados del mismo dentro de la nueva

regulación de lo que se conoce como la gobernanza en la contratación pública. De esta forma, la LCSP contempla la evaluación desde la perspectiva orgánica de la regulación de los sujetos a los que atribuye competencias en la materia. A cada uno de estos órganos se les atribuye una función relacionada, de una forma u otra, con la evaluación.

Si atendemos al concepto gobernanza como el conjunto de elementos que permiten apreciar la eficacia, calidad y buena orientación de la intervención del Estado, efectivamente la evaluación normativa debe entenderse residenciada en el ámbito de la gobernanza, como parece prever la LCSP, al incluirla en su libro cuarto, “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, que en cierto modo se relaciona con dicho concepto. Ahora bien, al clasificar los distintos órganos que comprende tal organización, no reserva específicamente o *nominatim* ninguna categoría para órganos evaluadores. Así, contempla órganos que denomina de contratación, de asistencia y consultivos, asignando a algunos de estos últimas funciones evaluadoras, sin atribuirles paralelamente el carácter de órganos de evaluación.

Sin obedecer, por tanto, a una categoría de evaluadores, son varios los órganos que parecen tener ciertas competencias de evaluación en la LCSP, tanto atribuidas de forma directa como indirectamente al encomendárseles funciones que llevan necesariamente consigo una previa evaluación y correlativamente los mecanismos evaluadores.

Estos órganos son la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) –que cuenta en su seno, a su vez, con el Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública– y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIRESCON). Estos órganos, sin embargo, no funcionan de cara a la evaluación normativa como compartimentos estancos, sino que, como se señala en el primer informe enviado a la Comisión Europea por la JCCPE, *“el marco diseñado por la nueva Ley de contratos hace que todos los órganos citados estén estrechamente relacionados, no siendo cada uno de ellos un compartimento estanco. Todo lo contrario, la interrelación entre ellos es manifiesta, y solo de esta manera se logrará que todos ellos cumplan los objetivos para los que fueron creados, sin que existan entre ellos ninguna descoordinación ni duplicidad de actuaciones”*.

La JCCPE desde su creación ha sido un órgano eminentemente consultivo y realmente, a pesar de que la LCSP la define como el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal, carece de funciones ejecutivas o normativas en la materia. Sin embargo, destaca una nueva atribución de la JCCPE consistente en la elaboración y remisión a la Comisión Europea cada tres años de un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada (art. 328 LCSP)¹⁰, que constituye el principal mecanismo de evaluación de la contratación pública establecido en la LCSP. Esta

¹⁰ El primer Informe relativo a la contratación pública en España – 2017 se ha remitido a la Comisión el 17 de abril de 2018. Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (Consultado el 14 de junio de 2016).

regulación deriva de la transposición de los artículos 83 y 85 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública¹¹.

Para el desarrollo de esta actividad, cuenta en su seno con el Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, que analizará las cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común para todas las comunidades autónomas participantes en él y recopilará la información que debe ser remitida a la Comisión Europea¹².

La actividad de este comité se presenta como fundamental de cara al objetivo de la interoperabilidad de la información, presupuesto *sine qua non* de una evaluación normativa adecuada, planteándose que el propósito del legislador es conseguir a través de este órgano que la actuación de los distintos entes del sector público se desarrolle “*de manera compatible y armónica*”¹³. Sin embargo, la LCSP configura esta función como una mera recopilación de datos y traslado de información a la Unión Europea, lo que, si bien es el presupuesto necesario para toda evaluación, es solo un paso previo de la misma, una de sus fases, de manera que el papel de la JCCPE en la actividad de evaluación es parcial. El carácter parcial del informe también resulta de ser una exigencia del paquete de directivas de 2014, ya que no contempla toda la contratación pública, sino únicamente los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA)¹⁴. Pese a tal realidad, el informe de la contratación pública de 2017 no solo se ha limitado a ofrecer información sobre contratación pública como conjunto de datos, sino que extrae conclusiones de esta a modo de información cualitativa.

Asimismo, dicho informe incorporará la información contenida en el informe de supervisión que remitirá la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, OIRESCON, creada en el artículo 332 de la LCSP a la que corresponde “*coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público*”. Para ello, elaborará un informe anual que recogerá las conclusiones derivadas de toda la actividad de supervisión realizada por las administraciones competentes, incluyendo una relación expresiva de los principales incumplimientos constatados y de los órganos responsables de los mismos. Este órgano sí que tiene unas funciones evaluadoras más completas, ya que estas no se limitan a recopilar información, sino a su examen, estudio y realización de recomendaciones e incluso instrucciones al respecto.

La primera conclusión a extraer, aunque de carácter meramente terminológico, es que la actividad de supervisión descrita en la LCSP se corresponde con lo que sería una verdadera actividad de evaluación de la aplicación y cumplimiento de la norma, así como de su efectividad, en tanto en cuanto puede no solo fijar las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, sino que

¹¹ Dicha obligación se recoge también en los artículos 45 de la Directiva 2014/23/UE, y en los artículos 99 y 101 de la Directiva 2014/25/UE.

¹² Informe relativo a la contratación pública en España – 2017. Abril 2018.

¹³ RECUERDA GIRELA, M.Á., *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018. Comentario al artículo 334, p. 1837.

¹⁴ Sin perjuicio de ello, se ofrece el dato referido a la contratación pública por debajo de los umbrales comunitarios (el valor agregado total de la misma), tal y como se establece en las directivas de contratación de 2014.

también comprende elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, así como propuestas de modificación, adaptación o mejora normativa. Por el contrario, la mención a la evaluación queda referida a la Oficina Nacional de Evaluación, que, a pesar de su denominación, no realiza auténticas funciones de evaluación de la contratación pública, sino que tiene por misión, en virtud de lo establecido en el artículo 333 de la LCSP, analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios.

Otra conclusión a considerar es que la LCSP no contiene previsión alguna en relación con una evaluación estratégica, ni por ende encomienda esta misión específicamente a órgano alguno. Este tipo de evaluación encuentra un ejemplo específico en nuestro país en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que ha emitido un informe evaluador de los procedimientos de contratación en España desde la óptica de la competencia, de 7 de febrero de 2019: *“para poder determinar si hay competencia efectiva en las compras públicas y si los fondos públicos se utilizan de manera eficiente, es necesario poder evaluar el funcionamiento de nuestro sistema de contratación pública, y esto solo se puede llevar a cabo si se dispone de datos precisos”*¹⁵. En esta misma línea puede por ejemplo mencionarse el segundo informe “Spending Review” de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) de junio de 2019, que, en relación con el procedimiento de subastas de medicamentos implantado en la Comunidad Autónoma andaluza, señala que *“el sistema de selección de medicamentos de Andalucía se ha mostrado exitoso para conseguir ahorros sin comprometer la salud de los ciudadanos”*. En este caso no se trata de una evaluación general, sino que, partiendo de una premisa particular efectuada en relación con un caso concreto, sienta una conclusión que bien podría ser extrapolable al resto de supuestos de uso del sistema indicado y, por tanto, implica una evaluación de los efectos de la aplicación de la norma en un sector determinado.

En el seno de la Unión Europea, cabe destacar únicamente, a modo de ejemplo de Informe de estrategia el de Bruselas 26.2.2020 SWD (2020) 508 final. Informe sobre España 2020, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, Semestre Europeo 2020: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n. 1176/2011 (COM (2020) 150 final)¹⁶.

Una última consideración en torno a la regulación que de la evaluación normativa hace la LCPS nos lleva a plantear que del resultado de la evaluación no se deriva una nomofilaxis automática de la regulación de la compra pública, al carecer los órganos evaluadores, como es obvio, de toda competencia normativa. Los órganos evaluadores únicamente tienen competencias para efectuar estudios e informes y, como resultado de los mismos, realizar propuestas de regulación, bien para profundizar o para desechar una determinada línea normativa, o bien informes y recomendaciones que, si

¹⁵ Disponible en: <https://www.cnmc.es/file/185659/download>.

¹⁶ Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020-european_semester_country-report-spain_es.pdf.

bien tienen un alto valor doctrinal y suelen ser aplicados por los distintos operadores jurídicos y económicos, no son vinculantes, y en el más intenso de los supuestos de intervención, como es el caso de la OIRESCON, para dictar instrucciones “*fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación*”¹⁷”.

Sin embargo, el instrumento verdaderamente evaluador de la LCSP es la Estrategia Nacional de Contratación, regulada en su artículo 334, que es un documento jurídico vinculante para todas las entidades contratantes de España, que realizará un análisis de todos los datos disponibles y abordará, entre otras cuestiones, la mejora de la supervisión de la contratación pública, la elaboración de manuales de buenas prácticas, y promoverá la profesionalización en la contratación pública con un horizonte temporal de cuatro años. La elaboración de esta estrategia exige la participación de los órganos anteriormente indicados, puesto que será realizada por el Comité de Cooperación en el seno de la JCCPE, siendo finalmente aprobado por la OIRESCON.

Los parámetros de evaluación a que más arriba me refería están específicamente establecidos para la estrategia nacional de evaluación en el apartado 2 del artículo 334 de la LCSP:

Parámetros de transparencia y de lucha contra la corrupción: *Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.*

Parámetros de eficiencia: *Promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación e incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación. Generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento.*

Parámetros de estrategia: *Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, y promover la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública.*

La evaluación que supone la Estrategia Nacional de Contratación no se queda en el ámbito de la evaluación normativa, sino que pretende ser una auténtica evaluación estratégica de la compra pública. Ahora bien, dado que hasta la fecha no se ha elaborado el documento, no es posible saber si efectivamente la vocación de evaluación estratégica encontrará reflejo en él o se limitará a un mero análisis cuantitativo de datos, lo que en mi opinión sería una auténtica oportunidad perdida.

Otro informe que prevé la LCSP con una finalidad evaluadora es el Informe sobre la contratación pública en España, que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 de su artículo 346, el Gobierno elevará anualmente a las Cortes Generales a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro de Contratos del Sector Público. El Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá en conocimiento de la

¹⁷ Sobre este tema que no constituye específicamente el objeto del presente trabajo, resulta de gran interés la controversia doctrinal sobre el carácter vinculante de las instrucciones de la OIRESCON: GIMENO FELIU, J.M. y MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como> (Consultado el 14 de junio de 2020). DíEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/> (Consultado el 14 de junio de 2020).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el informe, tras su elevación por el Gobierno a las Cortes Generales.

Puede afirmarse que la voluntad evaluadora en la LCSP como consecuencia del nuevo paradigma de gobernanza queda representada por la cantidad de informes que con esta finalidad establece: el informe anual que el Gobierno remite a las Cortes, el informe trianual que la Junta Consultiva remite a la Comisión Europea y el informe anual de supervisión cuya aprobación corresponde a la OIRESCON, junto con la Estrategia Nacional de Evaluación. Tal profusión de informes, sin embargo, por sí sola no parece ser garantía de la calidad de la actividad evaluadora.

Fuera de los órganos típicamente evaluadores de la LCSP, también participan en la función de evaluación distintos agentes, ya tengan o no funciones administrativas. Efectivamente, los informes y conclusiones sobre los efectos de la normativa de compra pública en distintos sectores y mercados cumplen, asimismo, esa misión evaluadora, ofreciendo al legislador encargado de su implementación o mejora informes de primera mano sobre el impacto de aquella. Es el caso de asociaciones profesionales, fundaciones de investigación, colegios profesionales, federaciones de municipios, universidades, etc.

La colaboración público-pública y público-privada, en el más amplio sentido de la expresión, es un elemento determinante del éxito de la evaluación, o, tal como indica el primer informe anual de supervisión de la contratación pública en España, OIRESCON, de diciembre de 2019¹⁸, *“la supervisión pública requiere, siempre, de la cooperación entre distintos órganos o unidades administrativas, con instituciones, autoridades u organismos públicos situados en distintos ámbitos territoriales y competenciales –instancias europeas incluidas– en un escenario de relaciones interadministrativas e interinstitucionales, en el que también confluyen agentes privados –operadores económicos y ciudadanos, con voluntades e intereses diferenciados– que colaboran, directa o indirectamente, con el ente supervisor”*.

No cabe desconocer tampoco la que podríamos denominar evaluación impropia que se presupone en el legislador cuando acomete cambios o modificaciones en la regulación de la compra pública, a la vista de los distintos intereses en juego y de los efectos que produce la aplicación de las normas. Podría ser este el caso de la derogación parcial del artículo 118.3 de la LCSP respecto del tan comentadísimo nuevo expediente del contrato menor, específicamente de la también tan denostada y comentada regla de la incompatibilidad, mediante el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que ofrece un buen ejemplo de esta actividad fruto de la evaluación impropia por el propio legislador al señalar su preámbulo que *“también se ha incluido la modificación del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que recogió el decaído Proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 (BOC*

¹⁸ Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/27901388-df3a-434d-8a47-3356a7c11261/INFORME+SUPERVISION+OIRESCON+2019.pdf?MOD=AJPERES>.

de 16 de enero de 2019), al resultar urgente y necesario por razones de seguridad jurídica solucionar los graves problemas técnicos que el actual artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, plantea al exigir, para celebrar un contrato menor, que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras que establece el artículo 118.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”.

Ciertamente, la LCSP ha sentado las bases para un auténtico sistema de evaluación y supervisión de su aplicación. Entonces, ¿por qué la cuestión inicialmente planteada? ¿Puede afirmarse que la evaluación planteada en la LCSP es eficaz? Sin atrevernos a hacer un análisis tan poco tiempo después de la creación del sistema, sin embargo, no resulta complicado atisbar la realidad, acudiendo a las propias fuentes de la información.

Si algo queda claro de la lectura del primer informe anual de la OIReSCON es que no hay una correlación adecuada entre el objetivo perseguido y los medios asignados para dar cumplimiento a este. Efectivamente, señala el propio informe ya en sus primeras líneas que *“para la realización del mismo no se ha dispuesto de los medios informáticos ni personales indispensables para ello”*, concretando esta inicial aseveración al analizar cada una de las muestras seleccionadas. El panorama se complica aún más en el escenario de profesionalización que la contratación pública exige, no solo por la cada vez más compleja realidad sobre la que opera, sino también por impulso y recomendación de la UE¹⁹, profesionalización que obviamente debe estar presente en todo el sistema, incluyendo necesariamente la evaluación del mismo.

Pero no es solo la falta de medios la que pone trabas a la verdadera eficacia de la evaluación, sino también la pluralidad de formas de hacer las cosas o de cumplir la ley, fruto de la organización administrativa de nuestro país, en que la autonomía de gestión, si bien presenta evidentes ventajas asentadas en el sistema, lleva consigo importantes inconvenientes de coordinación que resultan, a mi juicio, letales para la consecución del objetivo marcado, afectando al elemento esencial que permite el manejo y el estudio de los datos, la interoperabilidad o la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que estos dan soporte de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos²⁰. Esta heterogeneidad en la presentación de los datos deriva de la multiplicidad de perfiles de contratante, que si bien fue atajada en la LCSP desde la perspectiva de la transparencia, al exigir que los datos publicados en los perfiles también lo fueran en la plataforma de manera directa o mediante el sistema de perfiles alojados, no parece estar funcionando tan bien en cuanto a la consideración de la plataforma no solo como instrumento de transparencia, sino de gobernanza y como fuente fundamental de información de cara a la obtención de datos sobre los que proyectar el análisis de la compra pública.

¹⁹ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2017/259/L00028-00031.pdf> (Consultado el 14 de junio de 2020).

²⁰ STC 2/1983, de 28 de abril, ECLI:ES:TC:1983:32, “La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema”.

Lamentablemente, la reciente situación derivada de la crisis sanitaria generada por el coronavirus COVID-19 es un triste ejemplo de ello. No solo se han puesto de relieve tales inconvenientes a nivel estadístico sanitario, sino que, en la labor evaluadora de la OIRESCON, se ha hecho patente esta circunstancia. Así resulta de la lectura del informe especial “La publicidad de las emergencias COVID-19”.

Son, por tanto, los dos elementos que conforman la evaluación normativa los que sufren deficiencias que comprometen la consecución de los objetivos de la misma. Tanto la obtención de datos en formato abierto y reutilizable que permita su adecuado estudio y tratamiento como su interoperabilidad presentan déficits que dificultan la verdadera evaluación de la compra pública²¹. También se resiente el elemento de la aplicación a estos de métodos de estudio profesionalizados que permitan extraer consecuencias valorables en el campo de la evaluación, esto último debido a la falta de medios tanto materiales como personales de los que adolecen algunos de los órganos evaluadores.

5 Conclusión

El sector público español se encuentra en un punto de inflexión y de no retorno, me atrevería a señalar, en cuanto al modo de hacer las cosas. Deben superarse definitivamente conceptos de eficacia en torno a la cosa pública que implican la consecución del objetivo marcado, pero sin una verdadera reflexión generalizada sobre el impacto de las medidas adoptadas. Tal reflexión y la aplicación práctica de sus conclusiones convierten el sistema de eficaz en eficiente, lo que implica la presencia necesaria de mecanismos de evaluación.

No es un secreto que la contratación pública como normativa sectorial del sistema de aprovisionamiento del sector público para el ejercicio de sus competencias no puede quedar al margen, sino que debe ser protagonista del cambio de mentalidad y de la transformación de las administraciones públicas, junto con la mejora de la cobertura tecnológica del sistema. No solo por su impacto económico, sino por su impacto directo, asimismo, en las diversas realidades sobre las que se proyecta.

La LCSP contiene la regulación pertinente para un primer estadio en la evaluación de su impacto, la evaluación normativa; sin embargo, en algunas de las primeras experiencias aplicativas de esta normativa subyacen las dificultades materiales para su implementación. Por su parte, no hay previsiones de evaluación estratégica de la aplicación de la norma, que en parte han asumido operadores ajenos al sector público, cuyas conclusiones, sin embargo, contribuyen al análisis de su eficiencia, siendo un valor añadido que se establezcan mecanismos de cooperación para aprovechar las sinergias entre sector público y privado.

Podría decirse, de momento, que la intención es buena...

²¹ *Se ha identificado la necesidad de mejora de la información de las plataformas existentes tanto PLACSP como las de ámbito autonómico, ya que se han detectado errores en la información publicada tanto de fondo como de forma (en relación con la información del órgano de contratación en su perfil, mesa de contratación, y actividad contractual), así como la falta de homogeneidad, y una deficiencia de la calidad del dato ofrecido en formato abierto y reutilizable.*

Bibliografía

- CANALS I AMETLLER, D. (dir.), *Evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva en las instituciones europeas y en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- CHEVALLIER, J. y LOSCHAK, D., *Science administrative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1978.
- COMISIÓN EUROPEA, *Better Regulation Guidelines*, 2017. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf> (Consultado el 16 de junio de 2020).
- DÍEZ SASTRE, S., “La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON”, *Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/> (Consultado el 14 de junio de 2020).
- GIMENO FELIU, J.M. y MORENO MOLINA, J.A., “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OREISCON) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <http://obcp.es/opiniones/la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion-oreiscon-como> (Consultado el 14 de junio de 2020).
- PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989.
- PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996.
- PRIETO ROMERO, C., “La planificación y la evaluación normativa en la ley del Procedimiento administrativo común de las administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 26 de febrero de 2018.
- RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018.

Responsabilidade patrimonial da Administración xeral do Estado: un estudo da Orde SND/326/2020 do Ministerio de Sanidade, xerada como consecuencia da crise por COVID-19

Responsabilidad patrimonial de la Administración general del Estado: un estudio de la Orden SND/326/2020 del Ministerio de Sanidad, generada como consecuencia de la crisis por COVID-19

Patrimonial liability of the general State Administration: a study of the Order SND/326/2020 of the Ministry of Health, created as a consequence of COVID-19 crisis

GABRIELE VESTRI

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz
Orcid 0000-0002-7959-0458
gabriele.vestri@uca.es

Recibido: 20/04/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4312>

Resumo: Este estudo pretende analizar a estrutura da responsabilidade patrimonial da Administración estatal como consecuencia da introdución da Orde SND/326/2020 do Ministerio de Sanidade. A orde permite a fabricación de máscaras e batas cirúrxicas durante a permanencia do estado de alarma a persoas físicas e xurídicas que así o soliciten; tamén autoriza a produción de material sanitario a quen non o faga de forma profesional ou cando a súa actividade principal sexa a fabricación doutro tipo de produto. No contexto de excepcionalidade determinado pola pandemia por COVID-19, parécenos interesante analizar os criterios que poderían determinar a responsabilidade da Administración do Estado pola defectuosidade dun produto sanitario cuxa produción é autorizada pola mesma orde.

Palabras clave: Ministerio de Sanidade, responsabilidade patrimonial da Administración, estado de alarma, material sanitario, COVID-19.

Resumen: Este estudio pretende analizar la estructura de la responsabilidad patrimonial de la Administración estatal como consecuencia de la introducción de la Orden SND/326/2020 del Ministerio de Sanidad. La orden permite la fabricación de mascarillas y batas quirúrgicas durante la permanencia del estado de alarma a personas físicas y jurídicas que así lo soliciten; también autoriza la producción de material sanitario a quien no lo haga de forma profesional o cuando su actividad principal sea la fabricación de otro tipo de producto. En el contexto de excepcionalidad determinado por la pandemia por COVID-19, nos parece interesante analizar los criterios que podrían determinar la responsabilidad de la Administración del Estado por la defectuosidad de un producto sanitario cuya producción es autorizada por la misma orden.

Palabras clave: Ministerio de Sanidad, responsabilidad patrimonial de la Administración, estado de alarma, material sanitario, COVID-19.

Abstract: This study aims to analyze the structure of the patrimonial responsibility of the State Administration as a consequence of the introduction of Order SND/326/2020 of the Ministry of Health. The order allows the manufacture of masks and surgical gowns by individuals and legal entities that request it during the permanence of the state of emergency. The order authorizes the production of sanitary material for those who do not do it professionally or when their main activity is the manufacture of another type of product. In the context of exceptionality determined by the COVID-19 pandemic, we find interesting to analyze the criteria that could determine the responsibility of the State Administration for the defect of medical device whose production is authorized by the same order.

Key words: Ministry of Health, patrimonial liability of the Administration, state of emergency, healthcare material, COVID-19.

SUMARIO: 1 A modo de introducción. 2 Objeto material de la orden. 3 La determinación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito del presente estudio. 3.1 Determinación del nexo de causalidad. 4 La concurrencia en la causación del daño. 5 Breves reflexiones conclusivas.

1 A modo de introducción

El pasado día 14 de marzo de 2020 y así como está establecido en el artículo 116.2 de la Constitución española y en cumplimiento de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOREAES), el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, se aprobaba el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹.

Es necesario destacar que el artículo 4.2d) del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, reconoce al Ministerio de Sanidad como autoridad competente para el ejercicio de las funciones que se contemplan en el mismo real decreto. En este contexto, el Ministerio de Sanidad, con fecha de 6 de abril, aprueba la Orden SND/326/2020, «por la que se establecen medidas especiales para el otorgamiento de licencias previas de funcionamiento de instalaciones y para la puesta en funcionamiento de determinados productos sanitarios sin marcado CE con ocasión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19»². En este sentido, el punto primero de la orden se ocupa de establecer que: «Constituye el objeto de la presente orden el establecimiento de medidas especiales en materia de licencia previa de funcionamiento de instalaciones y garantías

¹ BOE n. 67, de 14 de marzo de 2020, pp. 25390 a 25400.

² BOE n. 97, de 7 de abril de 2020, pp. 28415 a 28417.

sanitarias requeridas a los productos sanitarios recogidos en el anexo, necesarios para la protección de la salud pública en la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19». El anexo citado recoge dos productos sanitarios: mascarillas y batas quirúrgicas.

Resulta particularmente interesante con relación a este trabajo el punto cinco de la orden, que en materia de responsabilidad patrimonial establece lo siguiente:

«La eventual responsabilidad patrimonial que pudiera imputarse por razón de la licencia excepcional previa de funcionamiento de instalaciones, el uso de productos sin el marcado CE, en aplicación del artículo 15 del Real decreto 1591/2009, de 16 de octubre, o de las garantías sanitarias no exigidas a un producto será asumida por la Administración general del Estado, de acuerdo con las disposiciones aplicables de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, siempre que dicho producto sanitario haya sido entregado al Ministerio de Sanidad con la finalidad de atender a los afectados por la pandemia ocasionada por el COVID-19 o ayudar a su control, sin la obtención de ningún tipo de beneficio empresarial por parte de la persona física o jurídica autorizada para su fabricación y puesta en funcionamiento o de cualesquiera otras que intervengan en dicho proceso. Las autorizaciones que se expidan en aplicación de la presente orden invocarán expresamente este artículo y dejarán constancia de las circunstancias a que se refiere el mismo».

En resumidas cuentas, el Ministerio de Sanidad autoriza a que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios otorgue, previa solicitud del interesado, una licencia excepcional o una modificación provisional y temporal –durante la vigencia del estado de alarma– de una licencia preexistente para que una persona física o jurídica pueda producir mascarillas y batas quirúrgicas. En caso de verificación de un daño producido por defectos en dicho material sanitario, la Administración general del Estado asumiría la responsabilidad patrimonial. Asimismo, la Administración general del Estado responderá siempre que el producto sanitario haya sido suministrado al Ministerio de Sanidad con el único propósito de atender a los afectados por la pandemia o ayudar a su control y sin que el productor o quien intervenga en el proceso de producción haya obtenido algún tipo de beneficio empresarial³.

La orden que es objeto de estudio es sin duda una respuesta a una situación de absoluta emergencia, no solamente en España sino en todo el mundo y particularmente en Europa, en donde la producción y la exportación del material sanitario han necesitado recurrir a medidas extraordinarias⁴. Evidentemente, la declaración del estado de alarma comporta la adopción de decisiones cuyo contenido es excepcional y que, en este caso concreto, puede producir consecuencias sustancialmente desconocidas o poco predecibles.

En este sentido, nos parece interesante reflexionar acerca de las implicaciones que en materia de responsabilidad patrimonial podrían generarse debido a la orden que

³ Cfr. punto segundo y punto quinto de la Orden SND/326/2020.

⁴ En un sentido más amplio, véase: ARROYO JIMÉNEZ, L. y ELIANTONIO, M., "Masks, gloves, exports licences and composite procedures: Implementing Regulation 2020/402 and the limelight of accountability", *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge Coronavirus Collection, 2020, pp.1-8. DOI 10.1017/err.2020.28.

es objeto de estudio y que finalmente insta a entender una *aceptación anticipada* de la responsabilidad extracontractual por parte de la Administración general del Estado.

El análisis que pretendemos desarrollar debe abordar una serie de factores previos que definen el alcance de esta orden y que deben servir como antecedentes para entender la dinámica generadora de la responsabilidad patrimonial y su posible indemnización, que, en el ámbito sanitario, puede llegar a ser de gran calado económico. En otras palabras, nos interesa verificar si, una vez producido el daño, la actual estructura de la responsabilidad extracontractual puede, efectivamente, hacer responsable a la Administración general del Estado o si, por el contrario, la cuestión planteada en la orden puede acarrear problemas de aplicación práctica.

2 Objeto material de la orden

Como decíamos, el anexo de la orden SND/326/2020 identifica los productos sanitarios que pueden fabricarse al amparo de su contenido. Se trata de mascarillas y batas quirúrgicas. Sin adentrarnos excesivamente en cuestiones técnico-sanitarias, sí es relevante entender la tipología de producto sujeto a fabricación⁵.

Las mascarillas quirúrgicas son equipos de protección individual (EPI) y su función es proteger las vías respiratorias ante la exposición a contaminantes. Están fabricadas con un material filtrante y constan de un *clip* o adaptador nasal y de unas gomas o cintas de sujeción. Se trata de equipos necesarios para la protección respiratoria del usuario frente a partículas y aerosoles líquidos, tales como polvo, agentes biológicos, citostáticos y otros fármacos peligrosos. Están diseñadas para filtrar las partículas emitidas por el usuario durante la respiración, impidiendo que estas lleguen al exterior. Su diseño impide que los agentes infecciosos presentes en el tracto respiratorio del usuario lleguen a la otra persona. Es importante destacar que estos tipos de mascarillas deben ser usadas solo el tiempo necesario y ser desechadas al cambiar de paciente o actividad. Deben utilizarse como parte de un protocolo de precaución básico, así como en aquellas tareas que puedan generar salpicaduras o nebulizaciones de sangre, fluidos corporales, secreciones y excreciones⁶.

Asimismo, resultan eficaces cuando quien la lleva mantenga una distancia de al menos un metro del paciente o usuario⁷.

La bata quirúrgica o estéril está hecha de tela de algodón, con una abertura posterior y cintas para anudarse. Se compone de un peto o pechera, que es doble para que la traspasación no traspase el grosor de la tela. Cada manga puede terminar en

⁵ En este ámbito véase también: Reglamento de ejecución (UE) 2020/402 de la Comisión de 14 de marzo de 2020 por el que se supedita la exportación de determinados productos a la presentación de una licencia de exportación.

⁶ Véase, por ejemplo: CASTILLO, P., "Norma europea de mascarillas quirúrgicas (En 14683: 2005), ¿Cuál es su utilidad práctica para enfermería quirúrgica?", *Revista de la Asociación Española de Enfermería Quirúrgica*, n. 20, 2005, pp. 10-15.

⁷ Existen diversas definiciones, aunque la gran mayoría convergen en lo que hemos resumido. Para profundizar en este tema, consultar: OSAKIDETZA, HOSPITAL UNIVERSITARIO DONOSTIA, UNIDAD BÁSICA DE PREVENCIÓN - SALUD LABORAL, *Mascarillas*, 2020. Disponible en: https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/hd_publicaciones/es_hdon/adjuntos/GuiaSL23c.pdf (Consultado el 14 de abril de 2020). GOBIERNO DE LA RIOJA, RIOJA SALUD, *Protección respiratoria: mascarillas quirúrgicas y mascarillas de protección*, 2020. Disponible en: <https://www.riojasalud.es/rrhh-files/rrhh/proteccion-respiratoria-rev-3175.pdf>. (Consultado el 14 de abril de 2020).

puño para facilitar la superposición de los guantes a la bata. La bata colabora con el mantenimiento de la asepsia y actúa como vestimenta de protección corporal para la exposición a secreciones, fluidos, tejidos o material contaminado. Tratándose de un equipo de protección diseñado para las áreas quirúrgicas, la parte delantera de la bata, cintura hacia arriba hasta el nivel de los hombros y de las mangas hasta los codos, se considera área estéril, por eso la bata debe ser desechable⁸.

Este breve excursión sobre las características del material sanitario que puede ser fabricado al amparo de la orden deja patente el gran volumen de productos que los centros sanitarios, y más concretamente los centros hospitalarios, necesitan para enfrentarse cada día (y cada hora) a la pandemia producida por el COVID-19. Solo a título de información, y considerando meras noticias periodísticas, solamente los hospitales de la Comunidad de Madrid (epicentro de la pandemia española) necesitan doscientas mil mascarillas diarias⁹.

Por eso, España afronta un desabastecimiento generalizado de estos productos que ha llevado a optar por una fabricación que por lo menos desde el punto de vista teórico parece ser menos restringida.

Ahora bien, el material sanitario mencionado requiere cierto conocimiento técnico, por básico que esto pueda parecer. Se trata de equipos de protección personal que evidentemente deben cumplir, como mínimo, con su función primordial, que es la de proteger a la persona. Esta protección, principalmente, está garantizada por el correcto diseño de los equipos, así como por el uso de materiales específicos que permitan la salvaguardia de la salud de los usuarios.

3 La determinación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito del presente estudio

Como es sabido, la Administración pública deberá responder patrimonialmente en caso de provocación de un daño que le sea directamente imputable como consecuencia de su acción u omisión, y/o de su actividad normal o anormal en la prestación de los servicios públicos¹⁰. También la lesión debe responder a determinados requisitos materiales y, particularmente, debe tratarse de un daño antijurídico, efectivo, evaluable e individualizable en relación con personas o grupos¹¹. Abundante es la jurisprudencia que se pronuncia en este sentido¹².

⁸ Véase entre otros: AUXILIAR DE ENFERMERÍA, <https://apuntesauxiliarenfermeria.blogspot.com/2010/11/la-bata-quirurgica.html> (Consultado el 15 de abril de 2020), e INFO CIENCIA Y SALUD, <http://infocienciasyalud.blogspot.com/2012/11/uso-de-la-bata-o-mandilon.html> (Consultado el 15 de abril de 2020).

⁹ LIBERTAD DIGITAL, <https://www.libertaddigital.com/espana/2020-03-20/hospitales-madrid-mascarillas-coronavirus-1276654330/>, 20 de marzo de 2020 (Consultado el 15 de abril de 2020).

¹⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 15ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 406-414. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

¹¹ Véase ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 296-298. En este mismo sentido: GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 716-718. PITA BRONCANO, C.P., "La responsabilidad patrimonial de la administración", *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 24, 2006, pp. 119-126.

¹² Entre otras véase: SSTS (3ª) 29 de enero, 10 de febrero, 9 de marzo y 13 de octubre de 1998.

La responsabilidad extracontractual encuentra, asimismo, su propia ubicación constitucional. Precisamente, el artículo 106.2 de la Constitución española reconoce a todos los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que puedan sufrir en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y más precisamente en materia de Administración sanitaria¹³.

En estos términos, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ha mantenido la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública estableciendo una responsabilidad general y directa que encuentra aplicación cuando se cumplan los requisitos que exige la norma y se actúe según el procedimiento previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC)¹⁴. Además, las previsiones legales previstas en la LPAC no terminan en el marco de la LPAC, sino que la misma ley, en la disposición final decimoquinta, faculta al Consejo de Ministros y a los ministros de Presidencia y de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para su desarrollo¹⁵. Claro está, como señala Gabriel Doménech Pascual, que las normas identifican dos importantes factores:

«El primero es que tales normas generales son enormemente abiertas, ambiguas y poco precisas, lo que en la presente materia entraña un inconveniente y una ventaja. El inconveniente es que no dan una respuesta específica ni clara a las cuestiones que plantea una crisis tan insólita como la que estamos experimentando, pues no han sido pensadas para semejantes situaciones, problema que se acentúa precisamente por el hecho de que esta crisis y las medidas adoptadas para hacerle frente son tan extraordinarias que resulta sumamente complicado encontrar en la jurisprudencia de nuestros tribunales sentencias dictadas en casos análogos que proporcionen una base firme sobre la que podamos apoyarnos con seguridad. La ventaja es que su textura abierta les confiere una enorme flexibilidad y permite adaptarlas a las excepcionales circunstancias concurrentes»¹⁶.

Ahora bien, en lo que nos ocupa, parece clara la posición del Ministerio de Sanidad. La Administración general del Estado responderá patrimonialmente por las actuaciones del fabricante del material sanitario. Indica Moreno Bodes que «La responsabilidad patrimonial de la Administración comprende aquellos supuestos en los que

¹³ Sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, puede verse, entre otros, MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000. Siempre del mismo autor, véase: "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 140, 2008, pp. 629-652. Sobre responsabilidad objetiva de la Administración, puede leerse: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., "La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.

¹⁴ En este sentido, véase RIVERA FRADE, M.D., "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en las Leyes 39/2015 y 40/2015. Aspectos sustantivos", *Revista de Asesoría Jurídica Xeral*, n. 7, 2017, p. 71.

¹⁵ Véase RIVERA FRADE, M.D., "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, vol. 1, n. 58, 2019, p. 366 (Disponible en: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i58.55>).

¹⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020, pp. 104-105.

los daños sean causados directamente por el personal a su servicio¹⁷». La orden no indica ningún tipo de relación (laboral, por ejemplo) entre la Administración estatal y el productor. En este sentido, la orden subraya la gratuidad de la producción. Cabe entonces preguntarse de qué manera podría configurarse la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando, a pesar de la correcta actuación del personal sanitario, el paciente o usuario sufra un daño debido a las condiciones de los sistemas de protección personal fabricados en el marco de la orden ministerial.

La declaración del estado de alarma no deshabilita los criterios clásicos de la responsabilidad extracontractual; de hecho, la misma LOREAES, en su artículo 3.2, establece que: «Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes». En este caso, habría que remitirse a la aplicación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público¹⁸.

En este mismo orden de ideas, parece interesante señalar diversas cuestiones. En primer lugar: el artículo 36.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, establece que los daños y perjuicios deben haber sido causados por las autoridades y el personal al servicio de la Administración pública correspondiente y que entonces los particulares solicitarán la indemnización a dicha Administración. En segundo lugar: aunque el estado de alarma aparentemente reduce las competencias autonómicas y locales, estas no se anulan. De hecho, el mismo Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, hace hincapié en esto. El artículo 4.3 reconoce a determinados ministros como autoridades delegadas; sin embargo, circunscribe su actividad específica de actuación estableciendo que las comunidades autónomas y las entidades locales participan en la toma de decisiones. Más concreto y contundente es el artículo 6 del real decreto cuando declara que las administraciones –sin distinción– mantienen «las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente». En otros términos, en el estado de alarma parece reducirse la rigidez competencial, que finalmente deberá ser resuelta mediante el principio de prevalencia¹⁹ y que en el caso de la responsabilidad patrimonial parece admitir una cierta concurrencia. Así se pronuncia, por ejemplo, Santaella Sáez admitiendo que: «En este caso, la asunción de competencias de las comunidades autónomas haría que fueran estas las que ostentarían la legitimación pasiva para soportar esta responsabilidad, si bien, dada

¹⁷ MORENO BODES, M., "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención en el ámbito sanitario", *Cadernos de Derecho Actual*, n. 9, 2018, p. 66.

¹⁸ Véase GONZÁLEZ LÓPEZ, J., "Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma: naturaleza jurídica, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial", *Gablix*, n. 2 (extraordinario), 2020, p. 38.

¹⁹ En este sentido puede verse: VELASCO CABALLERO, F., "Estado de alarma y distribución territorial del poder", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020, pp. 80-82. Asimismo, el autor se ha pronunciado en el mismo sentido en la jornada digital organizada el 16 de abril de 2020, por el *Regulation and Digital Innovation Research Group* de la Universidad de Valencia titulada: *El Derecho Público ante la crisis del COVID-19: "Derecho constitucional"*.

la declaración del estado de alarma por parte del Estado y consiguiente ejercicio de funciones derivadas de la centralización de medidas en este ámbito, podría hacer que ostentara también responsabilidad, pudiendo hablar, en su caso, de una responsabilidad concurrente de conformidad con el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público»²⁰.

Así que, aunque la orden que es objeto de este análisis atañe a la responsabilidad patrimonial de la Administración general del Estado por la fabricación de un producto defectuoso, no podemos descartar que, debido al desarrollo del evento dañoso derivado del uso de dicho producto, también sea necesario considerar la intervención de las administraciones autonómicas y locales que finalmente distribuyen el material sanitario a los usuarios y que podrían verse involucradas en la valoración del nexo de causalidad.

Como hemos dicho, el producto defectuoso asume un importante papel que permite determinar la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Desde el punto de vista jurisprudencial y solo a título de ejemplo –entre otros–, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo 3488/2002, de 15 de mayo. Se trata de «un menor de edad que, sometido a una cirugía abdominal de apendicitis, tras un postoperatorio normal pasa a la unidad de enfermería donde a las veinticuatro horas del mismo día se le ve en el abdomen una zona como la palma de la mano de vesículas llenas de pus, por quemadura por el yodo que le han puesto, con quemadura en la espalda por gotas que le han caído» (FJ 2º). El tribunal condena al órgano del Servicio Valenciano de Salud, adscrito a la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, a indemnizar a la familia del menor, considerando a la entidad «como responsable directa del funcionamiento que se produjo, que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo tenía una concentración más elevada de lo normal, unida al factor lumínico calorífico de la lámpara de quirófano» (FJ 5º). En definitiva, el tribunal admite la defectuosidad del material sanitario, el yodo, presumiendo de hecho el nexo de causalidad como elemento, en este caso, de producción de un daño desproporcionado.

3.1 Determinación del nexo de causalidad

Ahora bien, un elemento básico de la responsabilidad es demostrar el elemento causal que une una acción u omisión con la provocación del daño que, en determinadas ocasiones y en el ámbito judicial, dificulta la demostración de la conexión causal entre el daño producido y el hecho enjuiciado²¹.

Como señala Manuel Rebollo Puig, es necesario verificar si, en presencia de las debidas precauciones, el daño se hubiese podido evitar²². Esta posición ha sido avalada

²⁰ SANTAELLA SÁEZ, Ó., "La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus", *Diario La Ley*, n. 9613, Sección Tribuna, 15 de abril de 2020.

²¹ Véase: MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Editorial Civitas, Madrid, 2019.

²² En este sentido, aunque de una forma más precisa, se pronunció REBOLLO PUIG, M., *Ponencia dictada en el Seminario de Doctorado de la Universidad de Cádiz*, el 7 de noviembre de 2019.

por distintas resoluciones judiciales. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sec. 4ª, Sentencia n. 1137/2004, de 11 de noviembre (Ar. Jur. 2005/6712), establece:

«(...) el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, debiendo subrayarse: a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel. b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en este en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas».

En el caso que nos ocupa, la valoración del nexo de causalidad debería ser investigado en el ámbito de la producción del daño como consecuencia del mal funcionamiento del material sanitario entregado por el particular, que, fabricado sin las debidas garantías, podría producir la responsabilidad de la Administración general del Estado. Precisamente debido al respeto necesario de ciertas condiciones técnicas, el nexo de causalidad parece desbordarse del ámbito jurídico al científico²³.

Por eso, habría que considerar la responsabilidad administrativa en las relaciones de especial sujeción, en las que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas como consecuencia de las lesiones que puedan sufrir en cualquiera de sus bienes o derechos cuando aquellos ejercen las funciones propias de su cargo, o, por el contrario, al asumir voluntariamente los riesgos inherentes al servicio público concreto que prestan. Aunque la jurisprudencia suele considerar este tipo de responsabilidad suponiendo una acción u omisión del funcionario o empleado público que representa a la Administración, es cierto que el Ministerio de Sanidad, mediante la orden, asume voluntariamente los riesgos propios de una posible producción ineficaz²⁴.

Claro está que en este contexto deberá predominar el estudio de la *lex artis* de los usuarios y/o de los sanitarios que entregan o utilizan el material sanitario. No se trata, por lo tanto, de verificar solo si las mascarillas y las batas quirúrgicas no presentan desperfectos de fabricación, sino que será también necesario comprobar si el material ha sido utilizado correctamente. En el primer caso (mal funcionamiento), el nexo de causalidad podría producir la responsabilidad patrimonial. En el segundo caso, como puede deducirse, el daño sería privado de aquel nexo de causalidad que provocaría la responsabilidad total de la Administración pública o que, en todo caso, presentaría las características de una corresponsabilidad en la provocación del daño a través

²³ Véase GONZÁLEZ PELLICER, J.M., “¿Casualidad o causalidad?”, *Revista de Derecho UNED*, n. 16, 2015, pp. 365-382.

²⁴ En materia de asunción voluntaria de los riesgos, véase: Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 6ª, Sentencia de 14 de octubre de 2004 (EDJ 152785), Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª, Sentencia de 19 de abril de 1997, recurso n. 1075/1992.

de la participación del usuario particular cuya colaboración podría ser considerada relevante y determinante²⁵.

4 La concurrencia en la causación del daño

En este orden de ideas y según lo que hemos podido aportar, parece asomarse al debate la posibilidad de que la orden ministerial genere una concurrencia entre administraciones en la causación del daño, así como entre la Administración estatal, protagonista de la orden ministerial y la entidad productora del material sanitario. Esto se debe principalmente a la dificultad de establecer con seguridad si el daño sufrido por el particular se debe al incorrecto uso de los equipos de protección individual, al mal funcionamiento de los equipos producidos o a la falta de vigilancia por parte de la autoridad competente durante la producción del material. Este escenario podría determinar una responsabilidad mancomunada, concurrente, una tipología de responsabilidad que, por lo menos entre administraciones, está prevista en el artículo 33 de la Ley 40/2015: «Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente ley, las administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes administraciones públicas».

Ahora bien, entre distintas administraciones, el núcleo fundamental de la responsabilidad concurrente es la existencia del instrumento regulador; así lo establece la norma. Sin embargo, la ley no entra en el quid de las características del convenio regulador. Sin otras indicaciones técnico-jurídicas y empleando quizá la legislación civil como el principal apoyo, debemos entender que el estatuto regulador consiste en un documento en el que las administraciones implicadas pactan distintos aspectos de la responsabilidad extracontractual por la que podrían responder. La orden ministerial objeto de este estudio no parece introducir ningún tipo de detalle que, aunque sea de forma axiológica, determine que pueda considerarse como un instrumento regulador.

Distinto, a nuestro juicio, podría ser el caso de la responsabilidad patrimonial concurrente entre la Administración general del Estado y quien produce el material sanitario en objeto. El mero hecho de que el Ministerio de Sanidad dicte una orden excluyendo ciertas praxis de profesionalidad que, en condiciones normales, serían necesarias parece convertirlo en copartícipe en la producción del daño si es que finalmente el productor fabrica un producto que no protege como es debido. En otras palabras, es complicado individualizar la responsabilidad. Parece crearse una espiral en la que la Administración estatal podría culpar al fabricante por la incorrecta construcción, así como el productor inculpar a la Administración por permitir la fabricación según reglas más laxas. Aquí podría actuar la responsabilidad concurrente de alguna forma extralimitada debido a que una de las partes sería un particular.

²⁵ En este sentido, véase: RUIZ DÍAZ, V.E., "Responsabilidad patrimonial: la ruptura del nexo causal. La intervención de la víctima en la producción del daño", *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 4, abril, 2019, pp. 99-109.

5 Breves reflexiones conclusivas

Es necesario señalar que la orden que ha sido objeto de este estudio se desarrolla en un estado de excepcionalidad social. A eso debemos sumar el desconocimiento, en todos los sectores, que produce la declaración del estado de alarma. Al margen de la situación de emergencia, parece que la atribución de la responsabilidad patrimonial a la Administración general del Estado debe buscarse en los instrumentos jurídicos ordinarios.

La estructura de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública responde al crecimiento de las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia administrativa.

Por lo expuesto en este estudio, la responsabilidad patrimonial prevista en la Orden SND/326/2020 parece ser programática, generando ciertas dificultades en la interpretación de la responsabilidad extracontractual administrativa comúnmente aceptada.

La declaración previa de asunción de la responsabilidad patrimonial genera dudas razonables. Las administraciones públicas (y evidentemente también la Administración general del Estado), en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, no deben perder de vista su función principal, que es la de actuar por el interés general. Como es natural, deben responder patrimonialmente cuando causan un daño, pero asimismo deben proteger a la colectividad del exceso de responsabilidad.

No obstante, en el caso de aceptar la visión de la orden, aun así, la imputación de la responsabilidad patrimonial a la Administración general del Estado podría encontrar ciertos límites. Las circunstancias que producirían esta responsabilidad deberían enfrentarse principalmente a comprobar cuál Administración pública debería responder. Las administraciones públicas territoriales siguen ejerciendo sus competencias a pesar de la declaración del estado de alarma y es en el seno de ellas donde el usuario/paciente podría verse lesionado.

En definitiva, lo que nos parece claro es que la Administración general del Estado no respondería en solitario por los daños ocasionados, como, en cambio, parece introducir el contenido de la orden. Estaríamos ante una responsabilidad patrimonial concurrente atípica que finalmente desembocaría en una responsabilidad solidaria entre distintos involucrados.

En nuestra opinión, la declaración del estado de alarma, que da origen a la orden que hemos analizado, no puede ser considerada como un *salvoconducto* que permite cualquier actuación ni siquiera por parte de quien la decreta. De hecho, la misma Ley orgánica 4/1981 es necesaria para delimitar *el qué hacer* durante una situación excepcional. La estructura jurídica de un país, con más o menos ajustes, debe mantenerse a pesar de una determinada situación, por complicada que esta pueda resultar.

En el caso que nos ocupa, tratándose de una medida que tiene la finalidad de atender a los afectados por la pandemia o ayudar en su control, se trata de extremar las precauciones y no de dar una respuesta económica a lo que puede tener solo una respuesta jurídica.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Bibliografía esencial

- ARROYO JIMÉNEZ, L. y ELIANTONIO M., “Masks, gloves, exports licences and composite procedures: Implementing Regulation 2020/402 and the limelight of accountability”, *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge Coronavirus Collection, 2020. DOI 10.1017/err.2020.28.
- AUXILIAR DE ENFERMERÍA, <https://apuntesauxiliarenfermeria.blogspot.com/2010/11/la-bata-quirurgica.html> (Consultado el 15 de abril de 2020).
- CASTILLO, P., “Norma europea de mascarillas quirúrgicas (En 14683: 2005), ¿Cuáles es su utilidad práctica para enfermería quirúrgica?”, *Revista de la Asociación Española de Enfermería Quirúrgica*, n. 20, 2005.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020.
- ESCALERA IZQUIERDO, G., *Marcado CE: un elemento de integración para la empresa globalizada*, Luna Publicaciones, Madrid, 2001.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 15ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GOBIERNO DE LA RIOJA, RIOJA SALUD, *Protección respiratoria: mascarillas quirúrgicas y mascarillas de protección*, 2020. Disponible en: <https://www.riojasalud.es/rrhh-files/rrhh/proteccion-respiratoria-rev-3175.pdf> (Consultado el 14 de abril de 2020).
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J., “Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma: naturaleza jurídica, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial”, *Gabilex*, n. 2 (extraordinario), 2020.
- GONZÁLEZ PELLICER, J.M., “¿Casualidad o causalidad?”, *Revista de Derecho UNED*, n. 16, 2015.
- INFO CIENCIA Y SALUD, <http://infocienciasysalud.blogspot.com/2012/11/uso-de-la-bata-o-mandilon.html> (Consultado el 15 de abril de 2020).
- LIBERTAD DIGITAL, <https://www.libertaddigital.com/espana/2020-03-20/hospitales-madrid-mascarillas-coronavirus-1276654330/>, 20 de marzo de 2020 (Consultado el 15 de abril de 2020).
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Editorial Civitas, Madrid, 2019.
- MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- MIR PUIGPELAT, O., “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 140, 2008.

- MOLINA MIRANDA, A. y JUBERÍAS SÁNCHEZ, A., “Concepto de producto sanitario y su inclusión entre los productos de consumo”, Juberías Sánchez, A. (coord.), *Medicamentos, productos sanitarios y protección del consumidor*, Editorial Reus, Madrid, 2018.
- MORENO BODES, M., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención en el ámbito sanitario”, *Cadernos de Dereito Actual*, n. 9, 2018.
- OSAKIDETZA, HOSPITAL UNIVERSITARIO DONOSTIA, UNIDAD BÁSICA DE PREVENCIÓN-SALUD LABORAL, *Mascarillas*, 2020. Disponible en: https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/hd_publicaciones/es_hdon/adjuntos/GuiaSL23c.pdf (Consultado el 14 de abril de 2020).
- PITA BRONCANO, C.P., “La responsabilidad patrimonial de la administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 24, 2006.
- REBOLLO PUIG, M., *Ponencia dictada en el Seminario de Doctorado de la Universidad de Cádiz*, el 7 de noviembre de 2019.
- RIVERA FRADE, M.D., “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en las Leyes 39/2015 y 40/2015. Aspectos sustantivos”, *Revista de Asesoría Xurídica Xeral*, n. 7, 2017.
- RIVERA FRADE, M.D., “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, vol. 1, n. 58, 2019 (<https://doi.org/10.36402/regap.v1i58.55>).
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018.
- RUIZ DÍAZ, V.E., “Responsabilidad patrimonial: la ruptura del nexo causal. La intervención de la víctima en la producción del daño”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 4, abril, 2019.
- SANTAELLA SÁEZ, Ó., “La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus”, *Diario La Ley*, n. 9613, Sección Tribuna, 15 de abril de 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., *El Derecho Público ante la crisis del COVID-19: “Derecho constitucional”*, Jornada digital organizada por el *Regulation and Digital Innovation Research Group* de la Universidad de Valencia, el 16 de abril de 2020.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

Jurisprudencia contencioso- administrativa

Contentious-administrative
jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 02/07/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4566>

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Participación de las administraciones municipales en la financiación de los centros de día y escuelas infantiles gestionados por la comunidad autónoma. Vigencia de los convenios anteriores a la Ley 27/2013. 1.2 Adquisición de bienes por las corporaciones locales. Tasación injustificada. Irrelevancia de informes emitidos por personal eventual. Ejecución plurianual. 2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 2.1 Limitaciones al derecho de manifestación. Naturaleza jurídica del real decreto que declaró el estado de alarma. 2.2 Medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales. Aislamiento forzoso de enfermo de coronavirus. 2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia de la jurisdicción social. Inexistencia de vía de hecho y de legitimación activa. Inadecuación de procedimiento. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Nulidad de plan general por omisión de informe sectorial de telecomunicaciones. 3.2 Omisión de informe de impacto de género en la tramitación de un plan general. 3.3 Caducidad de licencias urbanísticas. 4 Personal. 4.1 Cese de funcionario interino. Inaplicabilidad analógica del Estatuto de los trabajadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por año de servicio. 4.2 Compatibilidad de la oferta de empleo público de la Xunta de Galicia con la obligación de reducción del empleo temporal. Transformación de plazas de laborales en funcionarios. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 La presentación del escrito inicial de interposición del recurso contencioso interrumpe el plazo establecido para recurrir, aunque adolezca de defectos formales. 5.2 Legitimación de asociación ecologista para exigir la declaración de caducidad de concesiones en dominio público marítimo-terrestre. 6 Responsabilidad patrimonial. 6.1 Por la anulación judicial de licencia urbanística. Determinación del daño moral. 7 Tributos. 7.1 Impuesto de bienes inmuebles. Procedimiento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exenciones. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública. 7.2 Tasas imputables a los ayuntamientos por ocupación del dominio público portuario con viales de uso general. 8 Turismo. 8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporales. Prohibición de cesión por habitaciones. 8.2 Declaración de zona de

gran afluencia turística. Compatibilidad de limitaciones horarias y comerciales con la Directiva de servicios. 9 Universidades. 9.1 Prelación para la elección de docencia del profesorado contratado doctor sobre el funcionario no doctor. 9.2 Estatuto del personal investigador predoctoral en formación.

1 Administración local

1.1 Participación de las administraciones municipales en la financiación de los centros de día y escuelas infantiles gestionados por la comunidad autónoma. Vigencia de los convenios anteriores a la Ley 27/2013

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 6 de febrero de 2020 (rec. 4050/2019, ponente: Díaz Casales) desestima el recurso interpuesto por un ayuntamiento contra las liquidaciones que le giró el Consorcio Galego de Servicios de Igualdade e Benestar de la Xunta de Galicia para la cofinanciación de la actividad de los centros de día de titularidad autonómica radicados en su término municipal. El ayuntamiento, que se había vinculado al Consorcio mediante un convenio suscrito en el año 2007, sostenía su pérdida de vigencia tras la reforma del régimen local operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. El tribunal gallego concluye sin embargo lo contrario, con las siguientes consideraciones:

«(...) En el fondo de la cuestión suscitada late un argumento muy básico por parte del ayuntamiento recurrente, cual es que en atención a la aparente reducción de la competencia municipal en materia de servicios sociales, operada por la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, el ayuntamiento no estaría obligado a atender las liquidaciones giradas, como hacía con anterioridad en base a los referidos convenios, porque la competencia municipal se habría visto reducida de manera drástica respecto de los servicios sociales y los propios convenios suscritos con anterioridad habrían quedado sin efecto por disposición legal a partir de 31 de diciembre de 2014.

Una conclusión tan radical merece que transcribamos los preceptos en los que se ampara, porque ciertamente la conclusión que alcanza el letrado consistorial resulta, en principio, ajustada a los términos de las disposiciones legales, son los siguientes:

Art. 1 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Art. 25 LBRL

2. El municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:

e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Disposición adicional novena. Convenios sobre ejercicio de competencias y servicios municipales.

1. Los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos, en el momento de la entrada en vigor de esta ley, por el Estado y las comunidades autónomas con toda clase de entidades locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de competencias delegadas o competencias distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, deberán adaptarse a lo previsto en esta ley a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado, quedarán sin efecto.

Pero si estas disposiciones estatales no resultaban de por sí suficientes, el legislador autonómico ratificó el mandato al promulgar la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, en la que se prevé:

Disposición adicional tercera: Adaptación al régimen de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, de los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos.

1. La adaptación al régimen de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, de los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos en el momento de la entrada en vigor de esa ley por la Comunidad Autónoma de Galicia con toda clase de entidades locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de estas últimas de competencias delegadas o competencias distintas de las atribuidas como propias por la legislación del Estado o de la comunidad autónoma, deberá producirse a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado, quedarán sin efecto.

Pese al aparente ajuste del planteamiento de la demanda a la letra de estas disposiciones, la conclusión defendida por el letrado consistorial no puede ser compartirla en atención a los reiterados pronunciamientos del T.C. acerca del alcance de la Ley 27/2013, que sostienen que el art. 25 de la LBRL –en su nueva redacción– establece un marco mínimo de la autonomía local constitucionalmente garantizada pero que corresponde a la normativa sectorial dictada por el Estado o de la comunidad autónoma correspondiente, según quien resulte competente, la determinación de las competencias municipales siempre, claro está, respetando ese mínimo establecido en la Ley de bases de régimen local. El T.C., cuya doctrina resulta vinculante a todos los órganos jurisdiccionales con arreglo al art. 5 de la LOPJ, se pronuncia en los siguientes términos: St. T.C. (Pleno) 101/2017 de 20 de julio (...) St. T.C. (Pleno) 93/2017 de 6 de julio (...). St. T.C. 41/2016 de 3 de marzo (...).

Pues bien, de tan largas citas jurisprudenciales, hemos de concluir que la competencia municipal en materia de servicios sociales no viene determinada por la literalidad del art. 25.2 en la redacción dada por la Ley 27/2013, como defendió el letrado consistorial, sino por lo que establezca la normativa sectorial de la Administración territorial competente y, en el presente caso, es claro que la competencia en materia de servicios sociales fue asumida en exclusiva por la comunidad autónoma con arreglo al número 23 del art. 27 del Estatuto de autonomía, y la Ley 13/2008 de servicios sociales claramente atribuye a los entes locales los servicios sociales comunitarios, tanto básicos como específicos (...).

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

De lo anterior hemos de concluir que las liquidaciones giradas por la Xunta de Galicia no incurrir en las causas de nulidad denunciadas por el Ayuntamiento de Vigo, toda vez que se trata de asumir la financiación de unos servicios atribuidos por la legislación autonómica a los entes locales y para cuya prestación se optó por fórmulas de cooperación, por ello quedaban excluidos de la previsión contenida tanto en la disposición adicional 9 de la Ley 27/2013, como expresivamente se advertía en la disposición adicional 3 de la Ley 5/2014 al contener la mención “... destinada a sufragar el ejercicio por parte de estas últimas de competencias delegadas o competencias distintas de las atribuidas como propias por la legislación del Estado o de la comunidad autónoma...”.

En el presente caso se trata de competencias atribuidas como propias a los entes locales por la legislación autonómica, recuérdese lo que señaló el T.C. en el último párrafo de la última sentencia transcrita:

“Las comunidades autónomas, siendo competentes para regular aquellos servicios sociales y sanitarios, son competentes para decidir –con sujeción al indicado marco de límites– sobre su descentralización o centralización y, en este segundo caso, para ordenar el correspondiente proceso de asunción competencial y traspaso de recursos”.

Por ello se impone la desestimación del primero de los motivos de impugnación.

SEXTO.– Sobre el establecimiento de aportaciones por parte del concello a una competencia autonómica.

De lo anteriormente resuelto en relación a la necesidad de que sean las leyes sectoriales las que determinen las competencias de las entidades locales, ya determina el decaimiento del segundo de los motivos de impugnación porque, hemos de reiterar, contrariamente a lo que mantiene en la demanda, no se trata de una competencia a prestar por la Xunta de Galicia y de que el art. 68 de la Ley 2/2017 establezca una fórmula de financiamiento por las entidades locales a servicios que ha de prestar la Xunta, sino que esta, ostentando su titularidad, tiene la facultad de atribuirlos a los entes locales, sin perjuicio de articular fórmulas de colaboración que garanticen la sostenibilidad financiera de los entes locales y, en aras a la eficiencia y eficacia, evitar la duplicidad en ámbitos coincidentes.

Por lo anterior hemos de concluir que el art. 69 de la Ley 2/2017 de medidas fiscales, administrativas y de ordenación no estable[ce] una delegación o atribución de competencias a los entes locales, sino que en relación con las competencias en materia de prestaciones sociales determina la posibilidad de que los concellos opten por mantener el régimen de financiación que venían observando con arreglo a los convenios suscritos o bien acogerse al nuevo que establece, permitiendo que lo hagan con carácter retroactivo, con la posibilidad de una reducción del 50% de las cuotas y un aplazamiento de 5 años (...).

Por lo que en definitiva decae lo defendido por el ayuntamiento de que esta norma imponga una atribución competencial al margen de la voluntariedad de los entes locales u obligue a estas a subvenir a prestaciones que haya de asumir la comunidad autónoma creando una fórmula para la obtención de un ingreso no previsto, sino que se trata de articular una fórmula que permita determinar la contribución de cada Administración en la prestación de servicios realizados mediante fórmulas de cooperación interadministrativa».

1.2 Adquisición de bienes por las corporaciones locales. Tasación injustificada. Irrelevancia de informes emitidos por personal eventual. Ejecución plurianual

La Sentencia del TSJG de 3 de febrero de 2020 (rec. 7115/2019, ponente: Fernández López) confirma la anulación de la compra por una diputación provincial de los archivos de un periódico local por 2.700.000 euros, mediante pago aplazado por tres anualidades, por no haberse justificado suficientemente su tasación:

«(...) como bien indicó la sentencia apelada, las únicas intervenciones útiles que se produjeron en las actuaciones preparatorias y determinantes para adquirir el archivo histórico del diario partieron de un empleado público que tenía la condición de personal eventual, por lo que sus atribuciones no podían ser de gestión ordinaria de asuntos públicos, reservadas a los funcionarios provinciales, sino de mero asesoramiento de la autoridad que lo nombró, de acuerdo con los preceptos que, con acierto, reprodujo la juzgadora de instancia; en ese mismo sentido se pronuncia la STS de 25.11.19, que recuerda que, a tenor de lo establecido en el artículo 12 del Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, aprobado por Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el personal eventual “solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial”. Por otro lado, no se puede olvidar que, tras interesar ese asesor de los servicios internos un informe acerca de si existía en la plantilla provincial personal técnico cualificado para tasar los bienes a adquirir, y serle respondido que no los había, propuso contratar unos servicios externos para valorarlos para, al final, discrepar de su resultado, para fijar como presupuesto de adjudicación uno inferior sin sustento en prueba pericial alguna. Por ello, tiene que compartir esta sala el reproche de ilegalidad que, al respecto, hizo la juzgadora de instancia, aunque al final no llegara a valorar la prueba practicada en juicio que, como se ha anticipado, era inútil e impertinente.

Y ello era así porque no se fiscalizaba en esa vía jurisdiccional ni la adjudicación del contrato de servicios para tasar el archivo histórico del diario ourensano, ni tampoco su resultado, sino la resolución presidencial que adjudicó el contrato para adquirir tales fondos, para lo que un dato de relieve fue la fijación de un valor estimado del contrato que no se atuvo a la regla de atender al valor de mercado que impone el artículo 88 del TRLCSP (aunque resulta discutible si en este caso se tenía que aplicar el impuesto sobre el valor añadido previsto en tal precepto, o el más correcto de transmisiones patrimoniales –consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2170-17, de 22.08.17–), pues al final se fijó en el importe que cifró el asesor de Política Cultural, totalmente carente de justificación, y más aún cuando se separó notablemente y sin motivación del cifrado por la empresa contratada al efecto.

Así es, porque si bien, como se acaba de indicar, el artículo 25.1 del TRLCSP permite la libertad de pactos, ello solo es posible cuando lo que se pacte no sea contrario al ordenamiento jurídico, lo que supone respetar las normas sustantivas y procedimentales establecidas. Al respecto no se pone en duda que el presidente provincial era el órgano competente tanto para decidir contratar el servicio de tasación previo como para adquirir después los fondos del archivo histórico, a tenor de lo establecido en el punto 1 de la

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

disposición adicional segunda del TRLCSP, pero ello no le facultaba para prescindir de los trámites impuestos en ese texto legal, que sí fueron observados en lo que alcanzaba a los trámites formales establecidos en sus artículos 109 y 110, pero no en lo que alcanzaba al valor estimado del contrato establecido de forma inmotivada e injustificada. Por otro lado, ya que el objeto del contrato era uno de los previstos en el artículo 170.d) del TRLCSP (como citó con acierto la base 1ª de los pliegos rectores), no procedía promover concurrencia competitiva alguna (artículos 169.2 y 177), de modo que era correcto utilizar el procedimiento negociado sin publicidad; no obstante, una cosa es que se excluyera la publicidad y otra distinta es que no se negociara nada, puesto que lo característico de tal procedimiento es, precisamente, la negociación (artículo 180.4), que en este caso está ausente, pues nada obra en tal sentido en el expediente administrativo, si bien en este punto nada se reprochó en la vía jurisdiccional.

CUARTO. – Lo que sí se planteó es si la forma de pago en tres anualidades era correcta, al tratarse de pagos parciales por realizar entregas parciales, o, por el contrario, si no lo era, al tratarse de un sistema de pago aplazado, prohibido tanto en el artículo 87.7 del TRLCSP, como en el punto 13 de su disposición adicional segunda (salvo que se estuviera en presencia de un arrendamiento financiero, de arrendamiento con opción de compra o de la adquisición de bienes inmuebles).

Pues bien, en este caso comparte esta sala la conclusión a que llegó la juzgadora de instancia, en el punto relativo a que no se justificó ni motivó que concurriera ninguno de los supuestos que permiten acudir al gasto plurianual a que se refiere el artículo 174 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en especial lo previsto en su punto 2.b), que lo permite en el caso de contratos de suministro, pero siempre “que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por un año”, ya que no se justificó. Pero lo que no se comparte es que la división del pago en tres anualidades no estaba justificada, en razón a que las entregas parciales no estaban previstas ni en los pliegos, ni en el contrato, pues se olvida que la base 4ª de tales pliegos, relativa a la duración del contrato, no establecía que era de tracto único, sino que se ejecutaría en tres años, de modo que las entregas se producirían por terceras partes en los años 2017, 2018 y 2019, como así se hizo en el primero de esos ejercicios, según hizo constar en el acta de recepción parcial suscrita el 26.05.17, que fue el mismo día en que se adjudicó y suscribió el contrato.

Con todo, el sentido estimatorio de la sentencia apelada tiene que ser confirmado».

2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19)

2.1 Limitaciones al derecho de manifestación. Naturaleza jurídica del real decreto que declaró el estado de alarma

El TSJG, en su Sentencia de 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso interpuesto por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) contra la resolución de una subdelegación del gobierno que prohibió la

manifestación convocada para el 1 de mayo (Día de la Clase Trabajadora) en la ciudad con mayor población de Galicia, por causa del estado de alarma establecido mediante Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, en el contexto de la crisis sanitaria de la pandemia de coronavirus (COVID-19). La CUT interpuso un recurso de amparo contra esta sentencia ante el Tribunal Constitucional, que resultó inadmitido mediante un extenso Auto de fecha 30 de abril de 2020 (rec. 2056/2020). La sentencia del TSJG efectúa las siguientes consideraciones de interés:

«(...) la confusa y defectuosa redacción de la resolución de la Subdelegación del Gobierno puede generar cierta incertidumbre, pues, antes del contenido propiamente decisorio, en su primer párrafo hace constar que, ante la situación de emergencia sanitaria, no puede trasladar un criterio sobre la celebración de la manifestación, con lo que parece dejar al margen que, con arreglo al artículo 43.2 de la Constitución española, los poderes públicos están obligados a tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, máxime en una situación de emergencia sanitaria derivada de una pandemia que ha llegado a ser calificada en los medios de comunicación como la más grave en el último siglo (...). [No obstante] sin que sea un modelo a seguir, sí se desprende de su contenido una básica fundamentación y una motivación, pues, en definitiva, en ella se exponen las razones nucleares para considerar que no puede llevarse a cabo la manifestación (...). Viene a poner de manifiesto, pues, que los desplazamientos en vehículos con el objetivo de manifestarse, como los pretendidos por los recurrentes, son incompatibles con la norma en que se ha declarado el estado de alarma, de modo que, ante la emergencia sanitaria que lo ha provocado, aquella manifestación podría dar lugar a una desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución, en este caso la salud pública, lo que, como hemos visto, está reconocido en la doctrina del Tribunal Constitucional (...).

Se le achaca asimismo que se ha dictado sin procedimiento, pero si se acude a los artículos 9 y 10 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, se comprueba que, tras la comunicación de la manifestación por los organizadores o promotores de la misma, sin necesidad de otro trámite había de pronunciarse la Subdelegación del Gobierno (...), aunque en este caso no hubiera estado de más que la Subdelegación del Gobierno solicitase un informe a la Delegación de Sanidad para encontrar respaldo sanitario a la decisión adoptada (...).

El tenor literal del artículo 7.2 del RD 463/2020 es claro, y evidentemente la celebración de una manifestación, formando caravana a bordo de vehículos, conmemorativa del día 1 de mayo como día de la clase trabajadora, no se encuentra entre dichas actividades, por lo que la aplicación de aquel precepto otorga título jurídico para la resolución dictada.

La alegación del actor conlleva una petición de que para la celebración de la manifestación de 1 de mayo deje de aplicarse aquella norma de carácter general (el RD 463/2020), pese a que no cabría el control de la misma por esta jurisdicción contencioso-administrativa debido a que debe atribuírsele el rango normativo de una ley, tal como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril [recogiendo doctrina del previo Auto del mismo Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero], al decidir el recurso de amparo, planteado frente al Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011, que declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo promovido por 327 controladores de tráfico aéreo

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

con ocasión del estado de alarma declarado en diciembre de 2010. En dicha sentencia se argumentó que, pese a que formalmente se trata de un real decreto, el que declara el estado de alarma materialmente tiene valor o rango de ley, y por ello no es fiscalizable por esta jurisdicción (...). Por tanto, solo cabría la impugnación del RD 463/2020 ante el Tribunal Constitucional, no sería posible ni siquiera la impugnación indirecta (...).

Tampoco esta sala ve méritos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, ni observa ninguna irregularidad en dicha aplicación del RD 463/2020, porque, pese a que incuestionablemente el estado de alarma es el de menor intensidad de los recogidos en el artículo 116 de la Constitución española y en la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, el caso presente, estando previsto en el artículo 4.b de esta última norma (“Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves” que supongan alteraciones graves de la normalidad), es el más grave de los imaginables, pues ha tenido lugar a causa de una situación de emergencia de salud pública provocada por una pandemia internacional, así declarada por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo de 2020, cuya evolución ha provocado un gran número de fallecidos, que se cuentan por miles, hospitalizados con patologías graves y afectados (hechos de notoriedad absoluta y general que no precisan prueba: artículo 281.4 de la Ley de enjuiciamiento civil), lo cual ha obligado a adoptar medidas preventivas, debido a que la expansión de la pandemia genera un extraordinario riesgo para los derechos de los ciudadanos, comenzando por el más preciado, cual es el derecho a la vida.

En la ponderación de bienes jurídicos en presencia, la sala no puede permanecer ajena a la enorme magnitud de los efectos que ha provocado dicha pandemia, al ser de notoriedad pública y general la gran cantidad de fallecidos, hospitalizados y afectados a que ha dado lugar, por lo que no puede sustraerse a las tragedias que muestran cada día los medios de comunicación, percibiendo de ese modo el monumental golpe que el COVID-19 ha asestado a la salud pública española, al margen de los efectos de todo tipo que se derivarán en el futuro.

Ese riesgo para la salud pública, concretado en la constante pérdida de la vida de miles de ciudadanos y la necesaria hospitalización de muchos más a lo largo de más de un mes, y que en el presente todavía no ha sido contenida, ha dado lugar a la declaración del estado de alarma y justifica la restricción en la circulación de personas, incluso a bordo de vehículos, que se contiene en el artículo 7.2. del RD 463/2020, para así evitar la propagación del virus. (...) La decisión administrativa adoptada es acorde a dicha previsión, porque no suspende el derecho fundamental de reunión y manifestación, sino que, en congruencia con el contenido del 7.2 del RD 463/2020 y 11.b de la LO 4/1981, limita la circulación de vehículos a determinadas finalidades, entre las que no se halla la celebración de la manifestación pretendida, como medio idóneo e imprescindible para tutelar la salud pública. Por ello, resulta incompatible la aplicación, en todos sus términos, del estado de alarma y la necesaria protección de la salud pública que a los poderes públicos compete (artículo 43.2 de la Constitución española) con la celebración de la manifestación pretendida. (...)

En el caso presente, la tutela de la salud pública con la aplicación de medidas preventivas por parte de los poderes públicos (art. 43.2 de la Constitución española), necesarias para evitar la propagación del virus, y el derecho a la vida e integridad física de los demás

ciudadanos (artículo 15 de la Constitución española), han de tener preferencia sobre el derecho de reunión y manifestación (art. 21 Constitución española), de modo que la ponderación de uno y otro obliga a limitar el segundo a fin de que pueda desarrollarse una ordenada convivencia ciudadana, en la que no corran peligro ni la salud de los propios manifestantes ni la de los demás ciudadanos, sin que las precauciones que se ofrecen por el demandante entrañen garantía suficiente que permita acceder a la celebración de la manifestación (...).

La regulación del derecho de manifestación también da pie a una restricción en la circulación como la que se contiene en el RD 463/2020, que la resolución impugnada aplica.

En efecto, el artículo 21.2 de la Constitución española permite la prohibición de las manifestaciones en lugares de tránsito público cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, mientras que el artículo 10 de la LO 9/1983 reproduce tal posibilidad.

En el caso presente, si bien se ha descifrado la secuencia completa del genoma del virus, sin embargo, no es posible impedir su propagación, por lo que existe un evidente peligro para la salud pública y, con ello, para la vida y salud de las personas, que justifica aquella prohibición.

Por lo demás, si la manifestación se celebra, lógicamente ello conllevará una salida masiva de ciudadanos a lugares de tránsito público antes o después de subir a bordo de los vehículos (al margen de la posible relación y contacto con los miembros de Protección Civil y de las Fuerzas de Seguridad que tendrían que controlarla), por lo que, en el estado actual de desconocimiento científico del origen e incidencia del COVID-19, el hecho de que el desplazamiento se realice en ellos no entraña una garantía de que aquel peligro para las personas desaparezca».

2.2 Medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales. Aislamiento forzoso de enfermo de coronavirus

El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santiago de Compostela de 23 de junio de 2020 (rec. 195/2020, ponente: Alvareño Alejandro), dictado por el cauce especial del artículo 8.6 de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (LJCA), ratifica la orden adoptada el día anterior por la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia de busca y aislamiento obligatorio en su domicilio de un enfermo de coronavirus, con la siguiente motivación:

«(...) Se deben de tener en cuenta el informe del Servizo de Medicina Preventiva del CHUS, así como lo expuesto en la resolución de 22 de junio de 2020 del director xeral da Saúde Pública. La fiscal en su informe no se opone a la adopción de la medida cautelar interesada y el forense se ratifica en la solicitud de la medida cautelar adoptada. El forense en su informe concluye que la enfermedad que padece D.----- es grave, y que debe de considerarse como un riesgo sanitario grave para la salud, debiendo ser ingresado en un centro sanitario donde está aislado adecuadamente (...).

En este caso la autoridad sanitaria ha acordado una medida que tiene suficiente amparo legal, y que está dirigida a un fin constitucionalmente legítimo, la defensa de la salud

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

pública, la integridad física y la salud de la población en general. La medida se basa en un informe médico del Servicio de Medicina Preventiva del CHUS, de fecha 22 de junio de 2020. Se trata de una resolución adoptada por la autoridad competente y en el ámbito de sus competencias, y dotada de apariencia de legalidad, teniendo el carácter de urgente y está debidamente justificada, respetando el principio de proporcionalidad, que resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional, siendo adecuada al objetivo pretendido, y no constando la posibilidad de una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objetivo propuesto. Así, la medida ordenada cuya ratificación se pide persigue un fin constitucionalmente legítimo, su adopción se encuentra amparada por la normativa, de rango legal, y es proporcionada dado que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido de los mismos».

2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia de la jurisdicción social. Inexistencia de vía de hecho y de legitimación activa. Inadecuación de procedimiento

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra, en su Auto de 15 de abril de 2020 (rec. 86/2020, ponente: Cominges Cáceres), inadmite la solicitud de medidas cautelares urgentes previas al proceso contencioso-administrativo solicitadas por el cónyuge de una enfermera de un hospital público. El auto inadmite la solicitud por varias causas autónomas:

«I.- Con carácter general no es posible solicitar en el proceso contencioso-administrativo la adopción de medidas cautelares autónomas, sin pleito principal; esto es, sin que previa o simultáneamente se haya interpuesto el recurso contencioso-administrativo propiamente dicho (artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa -LJCA-).

Solo, como excepción, se permite tal posibilidad mediante el cauce especial y restringido regulado en el artículo 136 (LJCA). Precepto que se circunscribe a “los supuestos de los arts. 29 y 30”. Es decir, a la “inejecución de actos administrativos firmes” (art. 29 LJCA), o a las “vías de hecho” (art. 30 LJCA).

El actor manifiesta en su escrito de solicitud de medidas cautelares que el SERGAS ha incurrido en “vía de hecho”, en el contexto actual de la epidemia de coronavirus – COVID-19–, al habilitar la planta ----- del hospital ----- (Complejo Hospitalario de Pontevedra) para el internamiento de infectados por el virus, a razón de dos enfermos por habitación y sin los equipos de protección necesarios para el personal sanitario. Considera que con ello se pone en grave riesgo de contagio a Dª -----, auxiliar de enfermería destinada en dicha planta. Como conviven con ella en el mismo domicilio (es cónyuge del actor y madre del niño -----), entiende que con ese riesgo se está afectando a su derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución). También al derecho fundamental a la defensa letrada en los procesos judiciales (artículo 24 de la Constitución) porque si su esposa le contagia el COVID-19 se verá imposibilitado para

cumplir su labor de asesoramiento y defensa jurídica a sus clientes, en un momento singular en el que es muy necesaria. (...).

[La solicitud debe inadmitirse:]

II.1.- En primer lugar, por la causa de inadmisión regulada en los artículos 69.c) y 51.1.c) LJCA. El artículo 30 de la misma ley dispone muy claramente, para los supuestos de “vía de hecho”, que si el actor formula un requerimiento previo en la vía administrativa (potestativo), la Administración dispone del plazo de diez días para responderlo. Mientras tanto no puede interponerse el recurso contencioso-administrativo (ni, consecuentemente, solicitarse medidas cautelares en vía judicial) (...) el actor interpuso su solicitud de medidas cautelares cuando todavía no había transcurrido el referido plazo de diez días desde la fecha de entrada del requerimiento previo en el registro del SERGAS. Ni siquiera a día de hoy ha transcurrido el referido plazo.

II.2.- En segundo lugar, con toda evidencia la actuación denunciada por el actor no constituye una “vía de hecho” propiamente dicha.

Tal y como acredita el SERGAS con la documentación unida a su escrito de alegaciones, las decisiones adoptadas sobre el destino y organización de la PLANTA000 del HOSPITAL000 ante la crisis del COVID-19 están motivadas y se han dictado en el marco de unos protocolos aprobados al efecto por la Administración sanitaria. El actor podrá discrepar de los mismos, pero no tachar dicha decisión organizativa de “vía de hecho”. La misma conclusión se alcanza respecto de la denuncia sobre la ausencia de medios materiales necesarios para la evitación del contagio. No se corresponde con una “vía de hecho” propiamente dicha.

De manera que, al no dirigirse realmente esta acción judicial frente a una “vía de hecho” real, debe inadmitirse de plano por no haberse interpuesto previa o simultáneamente el recurso contencioso-administrativo (pleito principal).

II.3.- En tercer lugar, se constata también un defecto de falta de jurisdicción. En puridad la denuncia del actor se corresponde con la materia de “prevención de riesgos laborales”, cuyo conocimiento se le atribuye a la jurisdicción social, con carácter exclusivo y excluyente, conforme dispone el artículo 2.e) de la Ley tributaria 36/2011, de 10 de octubre (LRJS), incluso cuando los afectados son funcionarios.

Pueden citarse en este sentido el Auto y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas respectivas 6 de abril de 2020 (rec. 2/2020) y 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018); el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de abril de 2020 (rec. 9/2020), o la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2019 (rec. 251/2017).

II.4.- En cuarto y último lugar, porque la pretensión del Sr. ----- pone también en evidencia su falta de legitimación activa (artículo 19.1.a).

Realmente su acción se dirige a defender intereses ajenos: la seguridad y salud en el trabajo de terceros que no son parte en el proceso judicial. Es muy significativo que la principal afectada por la situación de riesgo laboral que denuncia, su propia esposa, no haya firmado la reclamación previa, ni se haya personado en este proceso como parte actora. Tampoco lo ha hecho ninguna organización sindical de los empleados del hospital.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Su interés en el asunto es indirecto. Afecta directamente a un tercero, su cónyuge. Ella es la que tendría que haber planteado esta acción judicial.

Es consolidada la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que rechaza la legitimación en supuestos similares a este, en los que se promueven litigios para defender a terceros que no han impugnado la resolución en cuestión (SS TS 28/06/2012 –casación 1917/2010–; 25/04/2012 –casación 6649/2009–; y 06/07/2009 –casación 3341/2008–, entre otras muchas)».

3 Medio ambiente y urbanismo

3.1 Nulidad de plan general por omisión de informe sectorial de telecomunicaciones

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 25 de mayo de 2020 (rec. 3750/2018, ponente: Herrero Pina) declara la nulidad total del Plan general de ordenación municipal de Boqueixón, aprobado definitivamente en el año 2015, por haberse omitido durante su tramitación el informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado en materia de telecomunicaciones exigido en el artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de comunicaciones.

El Alto Tribunal concluye, en primer lugar, la obligatoriedad del requisito formal a todos los instrumentos de planeamiento general en trámite, aunque hubiesen sido aprobados provisionalmente antes de la entrada en vigor de la norma. Y, en segundo lugar, que la omisión del informe provoca la nulidad de todo el plan porque:

«(...) carece de todo sentido que pueda entenderse aprobado definitivamente un plan general a excepción, como propugna la Administración recurrente, de las determinaciones en materia de telecomunicaciones, y es que la incuestionable incidencia que la red de telecomunicaciones tiene en otras esferas del planeamiento, hasta el punto de que algunas de estas pueden verse condicionadas por aquella, impide considerar que los planes generales se aprueben definitivamente sin hallarse determinado el despliegue de dicha red.

Ello no significa que no se valore la alegación de la parte en el sentido de que la declaración de nulidad del PGOM ha de ser proporcionada a la incidencia negativa sobre el mismo de la infracción apreciada, sino que en este caso esos efectos negativos no pueden acotarse y reducirse a determinado contenido del plan, al que pueda limitarse la declaración de nulidad, pues, contrariamente a las alegaciones de la parte y como se deduce de lo anteriormente expuesto, las determinaciones sobre redes públicas de comunicaciones electrónicas constituyen un equipamiento de carácter básico y su previsión en los instrumentos de planificación urbanística tiene naturaleza estructural, por lo que inciden en la configuración general del planeamiento, que resulta afectada por la omisión del informe en cuestión, por lo que su omisión determina la nulidad de plan».

3.2 Omisión de informe de impacto de género en la tramitación de un plan general

El TSJG, en su Sentencia de 11 de noviembre de 2019 (rec. 4354/2017, ponente: Díaz Casales, recurrida en casación: RC1070/2020), desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Xunta de Galicia de 2016 de aprobación definitiva del Plan general de ordenación municipal de Caldas de Reis. Sobre el argumento impugnatorio consistente en la omisión durante su tramitación del “informe de impacto de género” concluye lo siguiente:

«(...) En el presente caso tanto la Xunta de Galicia como el Ayuntamiento de Caldas admiten que la aprobación del plan no vino precedida del previo informe sobre el impacto de género defendiendo que no resulta exigible al ser la norma neutra desde el punto de vista de impacto de género por lo que no resultaba exigible con arreglo a lo que dispone el art. 8 del Decreto legislativo 2/2015.

La respuesta que hemos de dar a esta cuestión viene enteramente condicionada por lo que resolvió el T.S. en la St. de 10 de diciembre de 2018 (dictada en el recurso de casación 3781/2017) por la que casó la St. del TSJ de Madrid en la que había anulado el PGOM de Boadilla por carecer de ese informe estimándolo la sala preceptivo por aplicación supletoria de la Ley del Gobierno que lo exige en todos los casos de aprobación de disposiciones generales. Aunque resulta sobradamente conocido para las partes hemos de transcribir parcialmente la St. del T.S.:

“DECIMOQUINTO: Consecuentemente y con independencia de los procedimientos específicos de elaboración de los planes de urbanismo en cada una de las leyes autonómicas, las cuales pueden o no incorporar trámites específicos en materia de género, es lo cierto que el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcanzar a dichos extremos.

En definitiva, si bien no es exigible al plan impugnado la incorporación del Informe de impacto de género, tal y como sostiene la sala de instancia, ello no es óbice para que puedan discutirse a través de la impugnación del plan los concretos y específicos aspectos que pueden incidir en una ordenación de naturaleza discriminatoria. Lo que ocurre es que, en el presente caso, al haberse quedado el análisis en la existencia o no del citado informe, la cuestión de fondo no ha sido abordada, esto es, desconocemos, porque no se han puesto de relieve, qué concretos aspectos del plan pueden resultar, a juicio de los recurrentes, contrarios al principio de igualdad de género, por lo que el plan no puede ser objeto de una declaración genérica de nulidad, con base en la infracción de un trámite formal que, como hemos razonado, no le era exigible.

DECIMOSEXTO: De acuerdo con todo lo expuesto consideramos que procede declarar como doctrina jurisprudencial que, si bien la cláusula de aplicación supletoria del derecho estatal no permite sostener la exigencia a las comunidades autónomas de un requisito,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

como es el informe de impacto de género, en materia de ordenación urbanística, que no figura previsto en su propia legislación, el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcanzar a dichos extremos”.

Pues bien, con tan claro y razonado precedente hemos de concluir que en el presente caso dicho informe no resultaba preceptivo al no imponer la legislación autonómica en materia urbanística (que venía dada fundamentalmente por el art. 85 de la LOUGA) recabar dicho informe con carácter previo y preceptivo.

En el presente caso el recurrente fundamentaba la demanda en la exigibilidad del informe que, como vimos, por aplicación de la legislación autonómica en el presente caso no resulta de aplicación, lo que determina la desestimación de este motivo de impugnación.

No obstante, en el escrito de conclusiones, como hizo con el anterior motivo, pretendió concretar aspectos concretos que habrían de determinar la nulidad del plan por falta de previsión en sus determinaciones del impacto de género, tales como a) la falta de consideración de que la atención a la maternidad se ubique fuera del Centro de Salud, en concreto señala que la matrona atiende a las mujeres en la Escuela Taller; b) falta de guarderías y centros de día; c) no se contempla la insuficiencia del centro de salud para acoger la atención odontológica o de fisioterapia; y d) no se prevén equipamientos específicos para las mujeres.

Es evidente que el recurrente pretende aprovechar la doctrina sentada por el T.S. en la referida sentencia para aducir consecuencias concretas de la falta de previsión del impacto de género en el plan que se aprueba, lo que, por un lado, supone un reconocimiento implícito de que el motivo formal aducido en la demanda no puede ser acogido y, por otro, trata una vez más –ya lo señalamos en el anterior fundamento– de pervertir a finalidad del escrito de conclusiones al introducir motivos de impugnación que no esgrimió en la demanda, lo que impide el art. 65 de la LRJCA, por lo que también este motivo de impugnación ha de decaer».

3.3 Caducidad de licencias urbanísticas

La Sentencia del TSJG de 28 de febrero de 2020 (rec. 4130/2019, ponente: Martínez Quintanar) analiza la institución de la caducidad de las licencias urbanísticas, alcanzando una conclusión contraria a su aplicación automática cuando se acreditan determinadas causas justificativas del retraso en la ejecución de las obras o actividades. Afirma así el tribunal que:

«(...) La demora en el inicio y terminación de la obra, con el consiguiente retraso respecto a los plazos establecidos en la licencia, es una realidad objetiva que no se pone en cuestión. La controversia se centra en si las causas alegadas por la mercantil y ponderadas por la sentencia como justificativas del retraso, en cuanto ajenas a la voluntad de la mercantil titular de la licencia, permiten excluir la aplicación del instituto de la caducidad.

En este contexto resulta oportuno recordar la doctrina jurisprudencial sobre el instituto de la caducidad, con transcripción parcial de la Sentencia de esta sala y sección de 15/05/2019, n. recurso 4367/2017, n. resolución 254/2019, en la que con cita de la TSJ de Madrid n. recurso 1031/2017, se resume dicha doctrina. (...)

El fundamento de la caducidad está en el carácter temporal del derecho subjetivo de que se trate, temporalidad que viene determinada por la necesidad de no perjudicar los intereses de otras personas. En consecuencia, el fundamento a su vez de la posibilidad jurídica de la caducidad de las licencias urbanísticas no está en la presunción de abandono del derecho por parte de su titular, en el caso de no ejercerlo durante algún tiempo, sino en el interés general. La riqueza que supone el aprovechamiento urbanístico determinado por el planeamiento tiene una función social que cumplir: la materialización cuanto antes en la edificación prevista por el plan, lo cual dificultará la especulación, tal y como se establece en el art. 47 de la Constitución española. Así mismo se impedirá que la licencia otorgada se convierta en un obstáculo (al menos económico, dada la posibilidad jurídica de su revisión) para la futura modificación o revisión del planeamiento urbanístico. La licencia urbanística es un acto administrativo declarativo de derechos y se dice que tiene carácter temporal porque, dada su función servicial del planeamiento urbanístico, si las operaciones autorizadas por aquella no se inician en determinado plazo o se suspenden durante cierto tiempo, se produce su caducidad. Cesa la eficacia de la licencia. Como quiera que el otorgamiento de la licencia urbanística determina la adquisición del derecho a edificar, su caducidad extingue tal derecho y el interesado no podrá iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada, salvo autorización expresa para garantizar la seguridad de las personas y bienes, así como el valor de la edificación ya realizada.

Ha sido el Tribunal Supremo quien a partir del estudio de los diversos casos ha ido extrayendo principios generales y perfilando unas características que son sustancialmente las que se han plasmado en la nueva legislación, tanto estatal como territorial. De ahí la importancia de las sentencias de los tribunales en esta materia. Partiendo de lo expuesto en relación con la función social de la propiedad urbana, ha de precisarse aún que la licencia urbanística –como señala la STS de 26.12.1990, R.J. 19900255– opera como un instrumento destinado a asegurar la eficacia del planeamiento. Por eso la caducidad de las licencias tiende a fortalecer dicha función: de nada serviría comprobar que la actuación proyectada se ajusta a la ordenación actual si la edificación se pudiera realizar muchos años más tarde cuando ya el planeamiento que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia hubiera sido reformado. La licencia es un acto declarativo de derechos, pero no puede convertirse en una reserva para la aplicación futura de un viejo plan; el transcurso del tiempo, en relación con el principio general de la buena fe, ha de operar deslindando lo que son las consecuencias por un lado del carácter declarativo de derechos de la licencia y por otro de la pretensión de obtener una reserva pro futuro de la aplicabilidad de un plan antiguo. En consecuencia, ha de entenderse que pertenece a la esencia de la licencia, como institución al servicio de la eficacia del planeamiento y ello aunque no exista normativa que prevea la viabilidad de la caducidad: el ordenamiento jurídico es algo más –mucho más– que un conjunto de disposiciones escritas, dado que se integra también y sobre todo por los principios y la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

–exposición de motivos de la Ley jurisdiccional– y la caducidad es, como se ha visto, una exigencia de la normatividad propia de la licencia. No necesita así expresa previsión legal. La jurisprudencia que da complemento al ordenamiento jurídico –art. 1.º.6 del título preliminar del Código civil– admite plenamente esta figura: sentencias de 18 de julio y 3 de octubre 1986 (RJ 1986518, RJ 1986411) de 22 de marzo y 9 de julio de 1988 (RJ 1988244, RJ 1988954), 30 de mayo de 1990 (RJ 1990292), etc.

Los criterios para la aplicación de la caducidad. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS de 28.5.1991 (R.J. 1991303)–: a) “Nunca opera de modo automático” –Sentencia de 20 de mayo de 1985 (RJ 1985116)–, es decir, “sus efectos no se producen automáticamente por el simple transcurso del tiempo, por requerir un acto formal declarativo (véase el art. 35.2 del TR de 1992 y 158.2 de la Ley 9/2001), adoptado tras los trámites previos necesarios” –Sentencia de 22 de enero de 1986 (RJ 198687)–; b) Para su declaración, pues, no basta la simple inactividad del titular –Sentencia de 4 de noviembre de 1985 (RJ 1985302)–, sino que será precisa una ponderada valoración de los hechos, ya que no puede producirse “a espaldas de las circunstancias concurrentes y de la forma en que los acontecimientos sucedan” –Sentencia de 10 de mayo de 1985 (RJ 1985754)–; c) Por consecuencia, “el instituto de la caducidad de licencias municipales ha de acogerse con cautela” –Sentencia de 20 de mayo de 1985–, aplicándolo “con una moderación acorde con su naturaleza y sus fines” –Sentencia de 10 de mayo de 1985– y con un “sentido estricto” –Sentencia de 2 de enero de 1985 (RJ 198598)–, e incluso con “riguroso criterio restrictivo” –Sentencia de 10 de abril de 1985 (RJ 1985859)–. En definitiva, ha de operar con criterios de “flexibilidad, moderación y restricción” –Sentencia de 10 de mayo de 1985–. En igual sentido: sentencias de 18 de julio y 3 de octubre de 1986 (RJ 1986518 y RJ 1986411), 22 de marzo y 9 de julio de 1988 (RJ 1988244 y RJ 1988954), 30 de mayo y 2 de noviembre de 1990 (RJ 1990292 y RJ 1990736), etc.; d) Y, además, ha de tenerse en cuenta que –STS de 30-5-1990– la presunción de legalidad del acto administrativo –art. 45.1 de la Ley de procedimiento administrativo– y hoy art. 4.º.1.e) de la Ley reguladora de las bases del régimen local 7/1985, de 2 de abril –desplaza sobre el administrado la carga de accionar para evitar que se produzca la figura del acto consentido– art. 4.º.a) de la Ley jurisdiccional, pero no afecta a la carga de la prueba que ha de regirse por las reglas generales –sentencias de 22 de septiembre de 1986 (RJ 1986971), 27 de junio de 1988 (RJ 1988768), 13 de marzo de 1989 (RJ 1989976), 19 de febrero de 1990 (RJ 1990322), etc.–. Tales reglas, elaboradas por inducción sobre la base del art. 1214 del Código civil, señalan que cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. Ello implica que es el ayuntamiento el que ha de probar el supuesto de hecho que desencadena como consecuencia jurídica la caducidad”. (...)

En el presente caso debemos concordar con la sentencia de instancia en que no hay un abandono injustificado de la obra por parte del promotor, sino la concurrencia de circunstancias objetivas, ajenas a su voluntad, que se han erigido en obstáculos tanto para el inicio de la obra, como para la presentación del proyecto de ejecución. (...)

Resulta del expediente administrativo que el 26-6-2013 se presenta escrito solicitando la suspensión de los plazos, alegando la imposibilidad material de poder ejecutar la edificación, dado que uno de los ocupantes del ámbito se niega a abandonarlo, imposibilitando

así la ejecución del colector que pasa por debajo de la propiedad. (...) resulta desvirtuada la presunción de abandono de la obra o el alegato de total inactividad de la promotora, máxime si se atiende a su contenido, en el que se hace un relato de distintos hechos, actuaciones y reuniones mantenidas con el concello, expresivas tanto de la voluntad de la promotora de ejecutar el proyecto constructivo que obtuvo licencia, como de las dificultades que se presentaron para dicha ejecución, relacionadas tanto con la necesidad de desplazamiento del colector general como la de retranqueo de las líneas de media tensión (...).

4 Personal

4.1 Cese de funcionario interino. Inaplicabilidad analógica del Estatuto de los trabajadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por año de servicio

El TS (Secc. 4ª), en su Sentencia de 28 de mayo de 2020 (rec. 5801/2017, ponente: Fonseca-Herrero, Raimundo), estima la casación y revoca la sentencia de un juzgado contencioso-administrativo de Galicia que le había reconocido a un funcionario interino correctamente cesado (sin concurrencia de fraude de ley) el derecho a percibir una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio en la Administración, con las siguientes consideraciones:

«(...) dada la identidad de la situación de la funcionaria interina afectada, debemos reparar en la reciente Sentencia del Pleno del TJUE de 22 de enero de 2020, en el recurso: C-177/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 14 de Madrid, mediante auto de 16 de febrero de 2018.

En esa sentencia, una vez expuestas y marcadas las diferencias de régimen jurídico en la legislación española entre (i) el personal laboral fijo y el de duración determinada, y (ii) el particular régimen jurídico del personal funcionario, declara lo siguiente:

1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva.

2) Los artículos 151 y 153 TFUE y la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización cuando finaliza el contrato de trabajo.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

(...) Por todo ello la respuesta que daremos a la cuestión de interés casacional objetivo admitida es que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcionarial».

4.2 Compatibilidad de la oferta de empleo público de la Xunta de Galicia con la obligación de reducción del empleo temporal. Transformación de plazas de laborales en funcionarios

La Sentencia del TSJG de 15 de mayo de 2020 (rec. 72/2019, ponente: Seoane Pesqueira) desestima el recurso interpuesto por un sindicato contra el Decreto 160/2018, de 13 de diciembre, que aprobó la oferta de empleo público (OEP) del personal funcionario y laboral de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2018.

La sentencia rechaza en primer lugar la crítica de la demanda frente a la falta de convocatoria de todas las plazas ocupadas por personal interino, con las siguientes consideraciones:

«(...) en la OEP de 2018 se incluyen medidas dirigidas a solucionar la temporalidad del personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, y con ello dar cumplimiento a la Directiva 99/70/CE y jurisprudencia comunitaria que la interpreta, pues en el anexo II del decreto impugnado se recogen las plazas que se ofertan relativas a la estabilización del empleo temporal, y en el anexo III del mismo se incluyen las plazas que se ofertan de personal laboral indefinido no fijo derivado de sentencias judiciales. A ello se añade que la OEP de 2018 se enmarca, junto con las que se aprueben en los años 2019 y 2020, en los acuerdos para alcanzar una reducción de la temporalidad de hasta un máximo del 8%, dentro de una planificación de carácter plurianual, en los que se inscriben la Resolución de 22 de marzo de 2018 de la Secretaría Xeral de Función Pública por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, el Acuerdo de 18 de octubre de 2017 para el desarrollo de un plan de estabilidad en el empleo de los servicios públicos, y la Orden de 15 de enero de 2019 por la que se publica el Acuerdo de concertación del empleo público de Galicia. Ese es el horizonte temporal a tres años en que se inserta la OEP impugnada, por lo que su enjuiciamiento no puede realizarse de modo autónomo.

Aun es más, en la OEP de 2018 impugnada se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 19.uno.9 de la Ley 6/2018, así como a los acuerdos sobre desarrollo de la estabilidad en el empleo de los servicios públicos, incluyendo una tasa adicional para la estabilización del empleo temporal, incorporando plazas de los servicios de Administración y generales que respondan a necesidades estructurales, estén dotadas presupuestariamente y ocupadas de forma temporal e ininterrumpida en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2017, debiendo ser aprobadas y publicadas en los ejercicios 2018 a 2020 las ofertas que articulen dichos procesos de estabilización.

Asimismo, para salir al paso de las quejas de la recurrente en torno a las OEP anteriores que no fueron objeto de convocatoria total o parcial, hay que tener en cuenta

que la disposición adicional del Decreto 160/2018 recoge la acumulación de plazas correspondientes a la OEP de los años anteriores al establecer (...). En este punto conviene reseñar que las restricciones presupuestarias que hicieron inejecutables las anteriores OEP tuvieron lugar en el contexto de la crisis económica de esos años, y era precisamente la Unión Europea quien marcaba los objetivos para la reducción del déficit público, por lo que no puede acogerse la alegación de vulneración del derecho comunitario para combatir la OEP gallega de 2018, con la que ya hemos visto que se afronta y trata de reducirse la temporalidad en el empleo público.

El preámbulo de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, explica perfectamente esa incidencia de la política comunitaria, en los siguientes términos (...).

3. El sindicato demandante también alega la vulneración del artículo 10.4 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, y la contradicción entre las limitaciones a la reposición de efectivos y ese precepto.

El artículo 10.4 del RDL 5/2015 dispone:

“En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”.

En este punto conviene recordar la moderna jurisprudencia interpretativa de dicho precepto que relega la aplicación del artículo 10.4 del EBEP cuando una norma presupuestaria impide que se lleve a cabo en sus estrictos términos.

En efecto, la moderna jurisprudencia, plasmada en las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (recurso de casación 44/2013) y 2 de diciembre de 2015 (RC 401/2014), ha declarado que si el poder legislativo ha decidido establecer una determinada tasa de reposición de empleo público, para el período de vigencia de una norma legal, a ello debemos estar, de modo que si la Ley de presupuestos generales del Estado prohíbe que a lo largo de la anualidad a que se refiere se proceda a la incorporación en el sector público de nuevo personal, excepto en los sectores que indica y hasta un determinado porcentaje de la tasa de reposición, durante ese ejercicio no opera el mandato contenido en el artículo 10.4 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, por lo que no puede entenderse infringido este último precepto.

En definitiva, tal como recuerda la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2/12/2015, la Ley de presupuestos del Estado para cada ejercicio viene considerándose por parte del Tribunal Constitucional como un instrumento idóneo para limitar la oferta de empleo público como medida de política económica, y en ese sentido cita la Sentencia 178/2006, de 6 de junio (...). En el mismo sentido se ha pronunciado, más modernamente, la STS de 25 de septiembre de 2017 (recurso de casación 363/2016) (...).

4. Por tanto, hay que acudir a la normativa estatal para comprobar el ajuste de la normativa autonómica impugnada a la citada estatal presupuestaria.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Lo relativo al cálculo de reposición de efectivos para el año 2018 se contiene en el artículo 19.Uno.7 de la Ley 6/2018, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de los artículos 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución (...). El preámbulo del Decreto impugnado 160/1918 explica el modo en que se ha calculado la tasa de reposición en Galicia en la OEP de 2018 al decir que “Para determinar la tasa de reposición de las plazas de acceso libre se tuvo en cuenta el número de jubilaciones, fallecimientos, renunciaciones, excedencias, bajas definitivas, altas y bajas producidas por los concursos de traslados a otras administraciones y reingresos producidos durante el año 2017”.

Para especificar cada una de dichas situaciones consta en el folio 102 del expediente administrativo el cuadro que las detalla, de lo que se deduce que no se tienen en cuenta las plazas de personal laboral indefinido no fijo derivado de sentencias judiciales, que se contienen en el anexo III de la propia OEP de 2018, dedicado al proceso de consolidación de personal indefinido no fijo.

El contraste entre uno y otro cálculo de la tasa de reposición pone de relieve la adecuación de la OEP de 2018 a la normativa presupuestaria estatal a la que debe ajustarse. (...)

La sentencia desestima también los motivos del recurso formulado contra la conversión de plazas de trabajadores laborales en funcionariales, con estas consideraciones:

«(...) la potestad de autoorganización de la Administración permite la transformación de plazas laborales en funcionariales a través del correspondiente proceso de funcionarización regulado en la disposición transitoria 2ª del RDL 5/2015. (...) Expone la demandante que en la OEP impugnada la mayoría, en concreto 1.448, de las plazas de estabilización y consolidación (salvo 270 de personal laboral en el anexo II) se ofertan como funcionariales en los anexos II y III, lo cual significa que el personal laboral que las ocupe, aproximadamente 1.778 plazas, ha de ser cesado (...)

La argumentación del demandante choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, que prevé expresamente la posibilidad de que se creen, en las relaciones de puestos de trabajo, puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, cuando la persona afectada no pueda ser adscrita a un puesto vacante, incluyéndose en las RPT como puestos de personal funcionario o, excepcionalmente, de personal laboral cuando la naturaleza de sus funciones así lo requiera (...). En el mismo sentido, la Sentencia de 6 de julio de 2018 (recurso de suplicación 1299/2018) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, invocando precedentes en las sentencias de 24 de marzo y 18 de diciembre de 2014, y 24 de febrero y 11 de marzo de 2015 de la misma sala, ha declarado expresamente que es perfectamente posible adscribir a personal laboral indefinido no fijo a plaza de funcionario (...). A lo anterior cabe añadir que es excepcional la configuración de las plazas de personal laboral, pues la regla general es que los puestos en la Administración pública estén desempeñados por personal funcionario, estableciéndose en el artículo 26.3 de la Ley gallega 2/2015 qué puestos pueden ser desempeñados por personal laboral (...). En ese sentido no es libre la Administración para configurar los puestos en la RPT como de personal funcionario o laboral, y tampoco las plazas en la OEP. (...)

Al proceso de funcionarización se dedica el artículo 4 del Decreto 160/2018, bajo el epígrafe de “Promoción interna para el personal laboral fijo: proceso de funcionarización”, con el siguiente contenido:

“El personal laboral fijo de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia cuya plaza va a ser objeto de un proceso de funcionarización podrá participar en un proceso selectivo de promoción interna para las plazas que figuran en el anexo V del presente decreto, por el sistema de concurso–oposición, de forma independiente de los de libre concurrencia, siempre que, en el momento de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, estuviese realizando funciones o desempeñase puestos de trabajo de personal funcionario, o pasase a realizar dichas funciones o a desempeñar dichos puestos en virtud de pruebas de selección o promoción interna convocadas antes de la fecha señalada, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, en los términos señalados en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, y en la disposición transitoria segunda del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Al personal laboral fijo que, a consecuencia de este proceso, adquiera la condición de funcionario de carrera se le adjudicará destino definitivo, de carácter funcional, en el mismo puesto que venía desempeñando con carácter definitivo”.

Por tanto, en dicho precepto se contempla una oferta de plazas de promoción interna para personal que ya superó un proceso selectivo, y por ello ya es laboral fijo, en el que, además, concurren los requisitos que se explicitan en la OEP y en la normativa que desarrolla, que es la disposición transitoria 1ª de la Ley 2/2015 y en la transitoria 2ª del RDL 5/2015. Dichos requisitos son que en el momento de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, estuviera realizando funciones o desempeñara puestos de trabajo de personal funcionario, o pasara a realizar dichas funciones o a desempeñar dichos puestos en virtud de pruebas de selección o promoción interna convocadas antes de la fecha señalada, siempre que reúna la titulación necesaria y los requisitos exigidos. De hecho, en el apartado tercero de dicha disposición transitoria 1ª de la Ley gallega 2/2015 se prevé que a estos efectos se valorarán como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

Es evidente que existe una justificación objetiva y razonable para la exclusión de dicho proceso de funcionarización del personal laboral indefinido no fijo, pues lo contrario supondría que se permitiese el acceso a la función pública a quien no ha superado un proceso selectivo, significando la infracción de los principios de mérito y capacidad, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española. Por tanto, nunca cabría una interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental, ya que la que se propugna es manifiestamente contraria al derecho previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española. En consecuencia, no existe base para plantear cuestión de inconstitucionalidad, y, por el contrario, si se siguiera la tesis que sostiene el actor, se vulneraría la Carta Magna».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 La presentación del escrito inicial de interposición del recurso contencioso interrumpe el plazo establecido para recurrir, aunque adolezca de defectos formales

El TS, Secc. 5ª, en sus sentencias de 13 y 27 de mayo y 2 de junio de 2020 (recs. 4715/2017, 4743/2017, 687/2019 y 3927/2019, ponentes: Menéndez Pérez y Borrego Borrego), revoca las del TSJG (Secc. 3ª) que habían inadmitido varios recursos contencioso-administrativos porque los defectos formales de su escrito inicial de interposición (ausencia de poder de representación del procurador) se subsanaron cuando ya había transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación del acto impugnado. En ellas el Alto Tribunal establece la siguiente doctrina jurisprudencial:

«No cabe declarar la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo en el que el/la procurador/a no acompañe con el escrito que lo inicie el poder para pleitos o la designación apud acta que acreditarían su representación, incluso aunque estos no se hubieran otorgado aún, si lo hace dentro del plazo de diez días desde que fue requerido/a para ello y aunque al aportar uno u otra hubiera finalizado el plazo hábil para la interposición de aquel recurso».

5.2 Legitimación de asociación ecologista para exigir la declaración de caducidad de concesiones en dominio público marítimo-terrestre

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2020 (rec. 373/2016, ponente: Buisán García) le reconoce a la Asociación pola Defensa da Ría de Pontevedra legitimación activa para reclamar la declaración de caducidad de la concesión sobre el dominio público marítimo-terrestre de una industria papelera, con estos argumentos:

«(...) el artículo 109 de la Ley de costas, que reproduce el artículo 202 de su reglamento, aprobado por Real decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, reconoce acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de lo establecido en esa ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación. Esta acción que tiene por objeto la salvaguarda de los preceptos de la ley y sus disposiciones de desarrollo, puede ejercerse cualesquiera que sean los efectos producidos sobre el dominio público y constituye un instrumento idóneo para evitar la infracción del ordenamiento jurídico en materia de dominio público, razón por la que el apartado segundo del precepto distingue la infracción sancionable de dicho ordenamiento de aquellos supuestos en que el hecho denunciado no sea materia de expediente sancionador. De modo que contempla tanto las infracciones normativas sancionables como las no sancionables, tal y como reconoce expresamente la STS de 9 de junio de 2004, rec. 875/2002, y se corrobora por la Sentencia de 26 de noviembre de 2008, rec. 5875/2004, que cita otros precedentes.

En el presente supuesto, además, dicha legitimación activa de la Asociación Salvemos Pontevedra fue ya planteada y resuelta, en sentido favorable, en el recurso contencioso que la misma interpuso frente a la desestimación presunta de la ministra de Medio Ambiente, recurso que fue estimado en parte por la Sentencia de esta sala y sección de 19 de mayo de 2011 (rec. 823/2010), tal y como se indica en el antecedente 8) del fundamento de derecho primero de la presente resolución.

Legitimación activa que, en cualquier caso, ha sido ya admitida por esta sala y sección en otros supuestos en que determinadas asociaciones ecologistas han impugnado resoluciones sobre concesiones administrativas sobre dominio público marítimo terrestre concedidas a terceros, así en las SSAN de 27/06/2006, rec. 1134/2002, y de 22/05/2013, rec. 830/2009».

6 Responsabilidad patrimonial

6.1 Por la anulación judicial de licencia urbanística.

Determinación del daño moral

La Sentencia del TSJG de 21 de abril de 2020 (rec. 4362/2018, ponente: Martínez Quintanar) resuelve varios de los interrogantes que más habitualmente se plantean en las reclamaciones indemnizatorias frente a administraciones locales por la anulación judicial de licencias urbanísticas.

Dicho tribunal, en Sentencia de 19 de octubre de 2006 (rec. 4093/2004), había anulado la licencia de obras otorgada por un ayuntamiento para la construcción de una vivienda unifamiliar en suelo que se consideró rústico de especial protección. En el posterior incidente de ejecución forzosa se ordenó la demolición total de la edificación. Su titular solicitó el pago de una indemnización de 580.000 euros por el cauce de la responsabilidad patrimonial. El Ayuntamiento le reconoció sólo 4.000 euros en vía administrativa, con el argumento, entre otros, de que el daño no era efectivo al no haberse demolido aún la vivienda. La sentencia de instancia solo incrementó dicha indemnización en una pequeña cantidad, por los gastos correspondientes a los honorarios de arquitecto y aparejador, más los del letrado que intervino en el proceso judicial. En esta Sentencia de 21 de abril de 2020 el TSJG estima en parte el recurso de apelación del actor e incrementa la indemnización, con las siguientes conclusiones de interés:

– Respecto de la “efectividad del daño”, resulta que: *«(...) tras la sentencia de instancia se ha ejecutado la demolición de la construcción a la que se refería la licencia anulada (...), [por lo que] es procedente tomar en consideración esta nueva situación de hecho y, en función de la misma, debemos considerar que el daño reclamado en cuanto al coste de la construcción y de demolición ha dejado de ser meramente potencial, futuro o hipotético y ha pasado a ser efectivo, por lo que estamos en posición de juzgar sobre la indemnización del mismo».*

– No obstante, la Sala desestima la indemnización reclamada por el “valor de la construcción” (325.000 euros), al no haber demostrado el recurrente su correspondencia



con el coste efectivo de ejecución por él desembolsado (el presupuesto del proyecto técnico autorizado por la licencia era de solo 35.000 euros). Se trata de un concepto *«de sencilla acreditación mediante facturas correspondientes a las certificaciones de la obra realmente ejecutada conforme a la licencia anulada, que no son el soporte probatorio de la reclamación. La mera referencia por el perito de la actora a que su valoración se basó en la tipología y características constructivas por él apreciadas no permite concluir de modo cierto que esa valoración económica estimada del metro cuadrado construido responda a bases objetivas y verificables»*. Considera por otra parte improcedente indemnizar elementos constructivos ejecutados al margen del proyecto autorizado por la licencia anulada (plantas de sótano y bajo cubierta, piscina, etc.). Sí le reconoce, por el contrario, el derecho a resarcirse por el coste efectivo de las obras de *«demolición correspondiente a las partes de la edificación reflejadas en el proyecto que obtuvo licencia, y no de otros elementos a los licenciados»*.

– En lo referente al *“demérito en el valor de la parcela por la pérdida de la condición de edificable de uso residencial”*, afirma el tribunal que: *«No procede indemnización alguna por este concepto, ya que no hay privación a posteriori del carácter edificable a raíz de la sentencia anulatoria de la licencia: no hay cambio en la clasificación urbanística, sino la mera constatación de que por aplicación del planeamiento no concurría esa condición de edificable para uso residencial ya desde el origen, no a consecuencia de la anulación de la licencia, siendo precisamente esa condición previa la que determinaba la procedencia de esa anulación»*.

– El TSJG sí le reconoce al demandante el derecho a percibir la suma de 10.000 euros por *“daño moral”*, con este razonamiento:

«Se trata de efectuar una valoración de los perjuicios de índole no estrictamente patrimonial, que no puede restringirse en todo caso a la acreditación médica de una concreta patología psíquica o psiquiátrica, pudiendo tomarse en consideración afecciones como la incertidumbre y la angustia generados por todo el proceso de anulación de la licencia de obras que se otorgó en el año 2001, que no concluyó hasta que la sentencia de esta sala en el año 2006 revocó la sentencia de instancia decretando dicha anulación como consecuencia de la estimación del recurso interpuesto por la Xunta de Galicia. Este proceso ha conllevado la privación de un bien material empleado como residencia de la recurrente para el desarrollo de su vida personal, y la zozobra emocional que ha comportado, y que no pone en duda la sentencia, es susceptible de ser incardinada en el concepto de daño moral indemnizable a cargo de la Administración que otorgó de forma indebida la licencia. Ello es así sobre todo en casos como el presente en que, por la inadecuada formulación de la petición en materia de daños patrimoniales, y la insuficiencia probatoria, no se puede conceder cantidad alguna por el daño estrictamente patrimonial derivado de la pérdida de la construcción realizada, por no considerar que las cantidades y conceptos reclamados se correspondan con un daño efectivo relativo al coste de ejecución efectivamente soportado (que no se probó).

Habida cuenta de que tan solo se le compensan a la recurrente algunos gastos relativos a tasas por licencia, ICIO, acta de línea y rasante, honorarios de redacción de proyecto y dirección de obra, gastos procesales de defensa jurídica, y en esta sentencia el coste de

demolición debe considerarse procedente reconocer una cantidad determinada por el daño moral inherente a la frustración de las expectativas –indebidamente generadas– de uso residencial de la parcela (...).

En este caso no se prueba que se produzca la privación del lugar que constituya principal domicilio o la vivienda habitual, y además la construcción ejecutada tampoco se acomodó a la licencia concedida y después anulada, existiendo importantes partes de la obra no amparadas en ninguna licencia.

En este contexto, y a falta de pruebas específicas que aporten información concreta sobre el modo en que la demandante resultó afectada por la anulación de la licencia, desde un punto de vista psiquiátrico, psíquico, moral o emocional, y por no existir indicios de patologías en ese sentido, ni tampoco de un estado emocional del que pudieran dar cuenta testigos, nos encontramos ante la mera zozobra emocional inherente al proceso de anulación de la licencia, al tiempo transcurrido y a la concreción ulterior de su obligación de demoler lo construido, en parte con amparo en una licencia que le generó la expectativa de uso residencial de la parcela de la que después se ha visto privada la demandante.

Por todo ello sí podemos considerar procedente la indemnización del daño moral, pero no en la cifra reclamada, sino en el importe que prudencialmente, y atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes que dejamos expuestas, valoramos en una cifra de 10.000 euros, como compensatoria del daño moral generado por la actuación administrativa e imputable a la misma, sin que pueda alcanzar un importe superior por no habersele privado del domicilio habitual, por no probar una intensidad determinada en la afección moral, y por haber coadyuvado la recurrente al daño con una conducta ilícita al construir unidades de obra al margen de la licencia».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

7 Tributos

7.1 Impuesto de bienes inmuebles. Procedimiento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exenciones. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública

El TSJG (Secc. 4ª), en sus sentencias de 14 de febrero y 20 de mayo de 2020 (recs. 15113/2019 y 15114/2019, ponentes: Núñez Fiaño y Selles Ferreiro), desestima los recursos interpuestos por la Xunta de Galicia y por la concesionaria que explota el hospital de titularidad pública Álvaro Cunqueiro contra una modificación de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Vigo reguladora del impuesto de bienes inmuebles (IBI), modificación que le dio nueva redacción a la exención del impuesto (previa solicitud) respecto de los centros sanitarios públicos, en estos términos:

«En aplicación del artículo 62.3 del TRLRHL, los centros de salud en los que la condición legal del obligado al pago del impuesto, según la prelación establecida en el artículo 61 del citado TRLRHL recaiga sobre el SERGAS y se cumplan las restantes circunstancias descritas en este apartado.

... Se considera, a los efectos de esta ordenanza, centros de salud aquellos bienes inmuebles en los que, conforme a lo dispuesto en el RD 1277/2003, de 10 de octubre, el SERGAS desenvuelva “Atención Primaria de salud a cargo del personal funcionario o estatutario de la Administración pública...”».

En la práctica, la modificación conlleva la inaplicación de la exención del IBI al referido hospital público vigués, explotado por la concesionaria que lo construyó.

La sala rechaza en primer término los motivos impugnatorios de carácter formal esgrimidos por los recurrentes. Considera que la modificación de la ordenanza dispone de la motivación mínima de impacto económico exigida en el artículo 129.7 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC). También, que no debía someterse al trámite de “consulta previa” establecida en el artículo 133 de la misma ley, al tratarse solo de la modificación puntual de una ordenanza fiscal aprobada con anterioridad.

Sobre el fondo del asunto concluye lo siguiente:

«(...) El artículo 62.5 TRLHL establece que: “Las ordenanzas fiscales podrán regular una exención a favor de los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública, siempre que estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros. La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de esta exención se establecerá en la ordenanza fiscal”.

El Ayuntamiento de Vigo entiende que dentro de estos aspectos sustantivos y formales se encuadra tanto el carácter rogado o no de la exención, como la limitación de los beneficiarios.

Lo primero que debemos reseñar es que el citado art. 62.3 TRLHL no contempla para ese tipo de bienes una exención obligatoria, sino facultativa, ya que la incluye con referencia a su previsión en las propias ordenanzas fiscales reguladoras del IBI. El legislador utiliza la expresión “podrán regular”, por lo que esta exención no viene impuesta por la ley, sino que, simplemente, se contempla su existencia, confirmando a cada ayuntamiento la potestad de establecerla en el marco de su autonomía local. Es cierto, por tanto, que la exención solo existe porque el Ayuntamiento de Vigo optó (cualquiera que fuese la concreta motivación) por establecerla en la Ordenanza fiscal del IBI. No obstante, tal potestad ha de ejercitarse con respeto a las previsiones legales del TRLHL, como recuerda el TS en la Sentencia de 19 de mayo de 2014.

Y, llegados a este punto, lo que debemos resolver es el alcance de tales previsiones, para lo cual conviene precisar que sobre el inmueble en cuestión concurren dos titularidades con acceso al catastro: la de la sociedad actora que es titular de un derecho de concesión sobre el inmueble, como adjudicataria del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de determinados servicios no clínicos, de carácter accesorio respecto al servicio público sanitario al que está adscrita la sociedad concesionaria Nuevo Hospital de Vigo, y la del SERGAS, propietario del 100% del inmueble.

Sucede que, conforme al artículo 61.2 del TRLHL, la realización del hecho imponible por la titularidad de la concesión que le corresponde a la demandante determina la no sujeción del inmueble a las restantes modalidades de realización del hecho imponible, en concreto, la del apartado 1.e), derecho de propiedad que es la titularidad que ostenta

el SERGAS. Sacando a colación lo manifestado en la sentencia de esta sala, dictada en el recurso de apelación 15011/2018, recordaremos que el TRLHL habilita a la corporación local para el establecimiento de la exención que se prevé para los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública, siempre que estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros. Se configura pues en el texto legal como una exención objetiva, si bien sujeta a requisitos subjetivos (han de ser titulares de tales bienes los centros sanitarios de titularidad pública) y finalistas (afección al servicio), remitiéndose a la OF para la regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales, dentro de los que se encuentra el carácter rogado o automático de la exención. En el texto inicial de la OF el Ayuntamiento de Vigo en el ejercicio de tal potestad limitó la exención a los centros sanitarios de titularidad del SERGAS y, temporalmente, los construidos a partir del 1/1/2007.

Con esta redacción, la sala entendió que la OF regulaba la exención sin exigir que el centro sanitario de titularidad pública, además de titular del inmueble, fuera sujeto pasivo del impuesto.

Este requisito sí se establece en la modificación impugnada, limitando además los centros sanitarios a los de atención primaria de salud a cargo del personal funcionario o estatutario de la Administración pública.

La controversia se centra ahora en determinar si tales limitaciones encuentran amparo en la habilitación legal del ayuntamiento para la regulación de los “restantes requisitos sustantivos y formales”.

Las sentencias que se citan en apoyo de la tesis de la Administración local se refieren a exenciones subjetivas o bonificaciones, pero resultan perfectamente aplicables a la exención controvertida en cuanto al alcance de la habilitación legal. Y es que los requisitos que exige el TRLHL para establecer la exención (a favor de inmuebles de que sean titulares centros sanitarios de titularidad pública y afectos al servicio sanitario) limitan la autonomía local que ha de asumir en la regulación de la exención tales requisitos, lo cual no obsta al establecimiento de otros que acoten el ámbito de aplicación a inmuebles que, además de cumplir las exigencias legales, satisfagan las previstas en la OF. Es decir, que la previsión por el TRLHL de aquellos requisitos no supone que, de establecer en la OF la exención, el ayuntamiento deba hacerlo a favor de todos los inmuebles que de que sean titulares centros sanitarios de titularidad pública y afectos al servicio sanitario pues, de ser así, no tendría sentido la habilitación legal para la regulación de los restantes requisitos sustantivos y formales, entre los que se encuentran, por tanto, no solo el carácter rogado o automático de la exención, sino también las limitaciones introducidas en la modificación impugnada: que el SERGAS además de ser titular del inmueble afecto al servicio sanitario de atención primaria ostente la condición de sujeto pasivo del IBI.

En consecuencia, procede desestimar el recurso sin perjuicio de que las consecuencias que, en su caso, se deriven del incumplimiento del convenio marco se depuren por la interesada acudiendo a la vía pertinente».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

7.2 Tasas imputables a los ayuntamientos por ocupación del dominio público portuario con viales de uso general

Las sentencias del TS de 19 de mayo de 2020 (recs. 2822/2017 y 2829/2017, ponente: Maurandi Guillén) ratifican la procedencia de la tasa liquidada por un puerto de interés general a un ayuntamiento por el uso del dominio público estatal consistente en la circulación del tráfico general de vehículos por viales en suelo perteneciente a la Administración portuaria, con las siguientes conclusiones:

«(...) El ayuntamiento no ha justificado que se haya producido ninguna modalidad de desafectación o mutación demanial, siguiendo las vías legalmente establecidas para ello, por la cual el terreno de que se viene hablando haya dejado de ser dominio público portuario estatal para pasar a convertirse en bien de dominio público municipal. (...)

1.- Las tasas, según la definición que de ellas efectúan los artículos 2.2.a) de la LGT 2003, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, art. 2 (06/03/2011) y art. 6 (01/07/2004), Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, son, en primer lugar, una clase de tributo; y, en segundo lugar, tienen como elemento diferenciador, en relación con otros tributos, el hecho imponible, que está constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o por la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario.

Estas dos notas que acaban de expresarse ya permiten estas dos primeras declaraciones sobre las tasas: (i) la operatividad en ellas del principio de capacidad económica, al estar proclamado por el artículo 31.1 CE para la totalidad del sistema tributario; y (ii) exigen necesariamente para su devengo ese elemento fáctico que las singulariza frente a otras figuras tributarias, constituido bien por un uso privativo o especial de bienes demaniales, bien por una actividad administrativa, referidos uno u otro hecho al obligado tributario.

Y esta segunda declaración debe completarse señalando que para el devengo de la tasa no basta con ponderar una situación de capacidad económica en el obligado, pues si, por parte de este, no concurre el hecho de un uso demanial, o el de su afectación por una actividad administrativa, tampoco hay tasa; siendo esto último lo que ha llevado a que haya sido atribuido un carácter bilateral a la relación tributaria que genera la tasa y también se haya destacado que el presupuesto de hecho de esta figura, a diferencia del correspondiente al impuesto, no presenta una estructura contributiva.

2.- El beneficiario de la utilización privativa del dominio público que ha de resultar gravado con la tasa puede ser una persona particular o un ente público diferente de aquel otro que ostente la titularidad sobre el bien demanial cuya utilización privativa resulta gravada; esto es, ese beneficiario puede ser un ente público que carezca de toda competencia o disponibilidad sobre el uso de dicho bien demanial.

3.- Lo que acaba de afirmarse supone que, en los casos en los que se está ante un bien del dominio público portuario estatal, y el ayuntamiento donde tal bien se encuentra quiere adquirir la disponibilidad de su utilización para destinar ese bien a cualquier uso que convenga a los intereses públicos cuya atención es competencia del municipio, dicho ente local tendrá que obtener esa disponibilidad de la Autoridad Portuaria a través del

correspondiente título concesional; y tendrá que hacer efectiva a esa Autoridad Portuaria la contraprestación normativamente prevista para la utilización así obtenida del bien del demanio portuario estatal.

4.- Lo anterior, visto desde la perspectiva de la utilización privativa que constituye el hecho imponible de una tasa portuaria, significa lo siguiente: que habrá utilización privativa, gravable mediante esa específica clase de tasa, siempre que el ente público titular del bien demanial portuario quede privado de toda posibilidad de uso de dicho bien por haber sido otorgado a una persona o ente distinto; y siendo indiferente la aplicación o destino a que dedique el bien demanial portuario ese otro ente público, distinto de la autoridad portuaria, que haya obtenido de esta la disponibilidad del uso a través de la correspondiente concesión.

5.- La obligación del pago de la tasa habrá de mantenerse mientras los terrenos cuya utilización es objeto de ese gravamen conserven su carácter de dominio público portuario estatal; y hasta tanto no se conviertan en bienes del dominio público local a través de las vías legalmente previstas para esta mutación.

6.- En la situación que acaba de describirse sí hay una manifestación de riqueza cuyo gravamen resulta compatible con el principio constitucional de capacidad económica del artículo 31 CE; pues la posibilidad de uso del bien del demanio portuario estatal, que al ayuntamiento le otorga la autoridad portuaria, es una magnitud económicamente evaluable que significa para dicho ente local una ventaja de esa naturaleza».

Regap



8 Turismo

8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporales. Prohibición de cesión por habitaciones

El TS (Secc. 3^a), en su Sentencia de 1 de junio de 2020 (rec. 4124/2018, ponente: Espín Templado), confirma en casación la Sentencia del TSJG desestimatoria de los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración general del Estado contra determinadas restricciones establecidas en el Decreto de la Xunta de Galicia 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia.

El Alto Tribunal ratifica la procedencia de la limitación temporal del alojamiento turístico a un máximo de tres meses exigida en el artículo 9.1 del decreto impugnado, considerando que:

«(...) ha de ser interpretada no como una prohibición propiamente tal, sino como un límite para los arrendamientos turísticos regulados en el decreto. La consecuencia, por tanto, es que un arrendamiento por tiempo superior de apartamentos o viviendas turísticas quedaría fuera de la regulación que examinamos, sin que resulte pertinente en este punto pronunciarse sobre el régimen jurídico preciso que le sería aplicable a semejante arrendamiento. A similar conclusión hemos llegado también en nuestra Sentencia de

20 de septiembre de 2019 (RC 2861/2018, deliberado conjuntamente con este) relativa al régimen de las viviendas turísticas en Castilla y León (...) la prestación del servicio de hospedaje debe tener carácter temporal, de modo que la fijación del límite de duración (...), por su propia naturaleza, no puede considerarse como una restricción ilegítima al ejercicio de la actividad, y, por ello, no requiere una específica justificación de obedecer a razones imperiosas de interés general».

Desestima asimismo el argumento impugnatorio dirigido frente a la prohibición de cesión por habitaciones (artículos 4.2 y 5.1) –nudo gordiano del litigio– con el siguiente razonamiento:

«(...) la protección de los usuarios turísticos y la garantía y la sostenibilidad de una actividad turística de calidad pueden considerarse una justificación de interés general que ampare determinadas restricciones contenidas en la ordenación del turismo efectuada por la ley. Entre ellas, la de que la oferta de viviendas turísticas y de uso turístico hayan de alquilarse en su totalidad, habida cuenta de que la posibilidad de alquilar habitaciones solas existe en la ordenación de Galicia tanto en las modalidades tradicionales de alojamiento (hoteles, pensiones y similares) como –lo que es más relevante en la perspectiva desde la que se realiza este examen– en alquileres particulares fuera de la normativa turística. Así pues, en un ámbito circunscrito de ese modo a una sola modalidad de alquiler y con la finalidad de que la misma pueda mantener una mayor calidad y protección de los usuarios, la exclusión del alquiler por habitaciones puede considerarse una regulación admisible y proporcionada desde la perspectiva de la Ley de garantía de la unidad de mercado y de la Directiva de servicios.

Queda solo destacar que esta conclusión, aparentemente opuesta a la que llegamos en el caso de Canarias, es consecuencia de las diferentes circunstancias en que se han planteado ambos supuestos. Como ya hemos dicho, en aquel supuesto se impugnaban unas sentencias que habían anulado una medida semejante impuesta mediante decreto y sin una apoyatura explícita en la ley reguladora del turismo en esa comunidad autónoma, sin que esta sala considerase aceptables las razones dadas para justificar tal restricción reglamentaria. (...) Por el contrario, en el presente supuesto entendemos que la finalidad de la medida ofrecida por el legislador autonómico, principalmente la mejor garantía de los derechos de los usuarios y el fomento de una oferta turística de calidad, en el contexto de las amplias posibilidades de alquiler por habitaciones que se admiten en otras modalidades de arrendamientos, tanto entre las tradicionales contempladas por la propia ley como fuera de la misma en contratos no sometidos a la regulación turística, permiten entender que la exclusión del arrendamiento separado por habitaciones en las viviendas turísticas y de uso turístico es conforme a derecho».

Y confirma, por último, la habilitación de los ayuntamientos para prohibir o limitar el número de viviendas dedicadas al alojamiento turístico (artículo 5.6), toda vez que:

«(...) no se impone dicha limitación de manera efectiva, sino que, tal como se ha expresado, se autoriza a los ayuntamientos a hacerlo. Será por tanto la posible limitación establecida por un ayuntamiento la que habrá que ser sometida a un escrutinio estricto desde la perspectiva de la garantía del mercado y la competencia. O, dicho de otra forma, no es posible excluir a priori que en un determinado ayuntamiento concurren circunstancias

que puedan constituir una razón imperiosa de interés general para limitar el número de viviendas de uso turístico. No procede formular aquí hipótesis o previsiones sobre qué circunstancias pudieran llegar a justificar una medida limitativa como la que se cuestiona, pues basta en el presente litigio con constatar que no se prevé una limitación o restricción concreta a la actividad económica sobre las viviendas de uso turístico. No es por tanto una medida que pueda compararse, como hace la demandante, con la prohibición canaria de viviendas vacacionales en zona turística que esta sala declaró contraria a derecho en la Sentencia de 12 de diciembre de 2018 (RC 4959/2017)».

8.2 Declaración de zona de gran afluencia turística. Compatibilidad de limitaciones horarias y comerciales con la Directiva de servicios

La Sentencia del TS de 18 de mayo de 2020 (rec. 362/2019, ponente: Del Riego Valledor) confirma la de instancia del TSJG, desestimando el recurso promovido por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) frente a la resolución de 15 de julio de 2016 de la Consellería de Economía de la Xunta de Galicia, por la que se aprobó la propuesta motivada de un ayuntamiento de declaración de determinadas áreas de su municipio como zona de gran afluencia turística (DOG de 21/07/2016). Se fijan en esta sentencia los siguientes criterios jurisprudenciales:

«i) Las limitaciones territoriales o temporales en la declaración de zona de gran afluencia turística, que restrinjan el principio general que proclama el artículo 5.1 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, de libertad para determinar los días y horas de su actividad comercial reconocida a los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

ii) La sujeción de los poderes públicos autonómicos a las exigencias del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, supone que el establecimiento por estos de límites al ejercicio de una actividad económica deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

Concluye también el tribunal que:

«(...) el acuerdo de declaración de zona de gran afluencia turística de Vigo dio cumplimiento a la exigencia del artículo 5.4 de la LHC de justificar las restricciones territoriales y temporales de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor, y este beneficio del consumidor es coincidente con la protección de los derechos de los consumidores y de los destinatarios de los servicios, que se incluye en la lista cerrada de razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley de servicios. (...) expresa la Ley gallega 13/2006, de horarios comerciales, las razones que justifican su específica regulación en materia de horarios comerciales, consistentes, entre otras, en la importancia de la presencia del comercio minorista en la vertebración de los pueblos, ciudades y barrios, su contribución a su habitabilidad y seguridad, la protección de las personas que

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

por su edad y otras circunstancias tienen dificultades de movilidad, la ayuda en la lucha contra la desertización y el desempleo y la conciliación de la vida familiar y laboral (...).

La necesidad de las limitaciones territoriales y temporales incorporadas por la Administración gallega en la declaración de zona de gran afluencia turística a que se refiere este recurso encuentra su justificación en las razones imperiosas de interés general expuestas.

En cuanto a la proporcionalidad de las limitaciones, la sala considera que no puede discutirse en lo que se refiere a las limitaciones de orden temporal, ya que la declaración de zona de gran afluencia turística impugnada reconoce la libertad de horarios durante todos los domingos y festivos del año, con la única restricción de que el horario comercial se extenderá hasta las 22:00 horas, siendo tal restricción de muy reducida entidad en relación con los fines perseguidos, además de la circunstancia apreciada por la sentencia recurrida, que (FJ 5º) encuentra justificada la restricción temporal porque ese horario de hasta las 22:00 horas razonablemente será coincidente con la franja horaria en la que hay más afluencia de visitantes.

También le parece a la sala que se cumple el requisito de proporcionalidad de las limitaciones territoriales de la declaración de zona de gran interés turístico, a la vista de la apreciación de la sentencia impugnada, con valor de hecho probado, que destaca (FJ 4.º), a partir de los informes obrantes en las actuaciones, que las áreas a las que se limita la declaración, que son Vigo histórico y el barrio histórico de Bouzas, constituyen “el principal foco turístico de la ciudad, donde se concentran los recursos artísticos, culturales y monumentales que atraen a los turistas”, de forma que como acertadamente señala la sentencia impugnada, “el valor específico de estas zonas sí puede justificar una delimitación geográfica como la que se recoge en el acuerdo impugnado”».

9 Universidades

9.1 Prelación para la elección de docencia del profesorado contratado doctor sobre el funcionario no doctor

El TSJG, en su Sentencia de 26 de febrero de 2020 (rec. 153/2019, ponente: López González), anula el criterio de prelación para la elección de docencia establecido en las Normas de elaboración del Plan de Ordenación Docente (POD) de la Universidad de Vigo para el curso 2019/2020, según el cual, en caso de conflicto, se hace prevalecer al Profesorado Contratado Doctor sobre el Profesorado Titular de Escuela Universitaria no Doctor, con los siguientes argumentos:

«(...) En el sistema docente universitario conviven, tras la reforma operada en la Ley orgánica 1/2006, de universidades, por la Ley 4/2007, personal funcional y personal contratado de forma indefinida. No puede obviarse que nuestra organización de empleo público, tal y como se diseña en la Constitución y en el Estatuto básico del empleado público, es un sistema de base funcional donde los funcionarios públicos, por razón de sus funciones y la necesidad de garantizar su imparcialidad dentro y fuera de la organización

administrativa, gozan de un estatuto sometido a reserva legal, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en distintas ocasiones, por todas la Sentencia 99/87, de 11 de junio.

Nuestro sistema de función pública constituye una institución básica de la organización jurídico-pública del Estado, asentada en principios básicos constitucionalmente recogidos.

El EBEP es buena muestra de ello y así trata de asegurar la inamovilidad de los funcionarios junto con el mérito y la capacidad como principios que el artículo 23 de la Constitución establece para seleccionar a quienes le va a ser encomendada la tutela del interés general en el ejercicio de funciones públicas. Ciertamente, no puede discutirse que la existencia de empleados públicos en régimen laboral está recogida en el EBEP, previsión que, a nuestro juicio, establece un criterio residual en relación a la necesidad de que determinados puestos en los que se ejercen funciones públicas se reserven a funcionarios públicos. Es este el momento de señalar que en el acceso del personal funcional se aprecian mayores exigencias de rigor en la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, que cuando la selección se realiza de personal laboral. No en vano se diseñan sistemas de accesos distintos en uno y otro caso.

Desde esta perspectiva no cabe duda de que la pertenencia a un cuerpo docente supone una vinculación cualificada en relación a los principios descritos y demostrativa de un criterio de selección riguroso que además, en el caso de la pertenencia a los cuerpos docentes, exige una doble fase, no solo con la superación del proceso selectivo en la propia universidad donde se ejerce la función docente, sino también mediante un proceso previo de habilitación nacional.

El acuerdo impugnado hace pivotar la preferencia en la elección de docencia en la ostentación o no del grado de doctor. Como es sobradamente conocido se trata de la titulación máxima en el ámbito universitario y ligada sobre todo a la investigación, pero que, a juicio de esta sala, no puede suponer un criterio de preferencia absoluto en relación al desempeño de funciones docentes. Del acuerdo impugnado se deriva esa preferencia del profesor doctor, sea o no funcionario. La postergación de los profesores titulares no doctores frente a los profesores contratados doctores, primando el grado de doctor como elemento de prevalencia, podía llevar incluso a justificar no solo que un profesor contratado no doctor tuviera prevalencia sobre un titular de escuela no doctor, sino también la prevalencia del contratado laboral fijo doctor sobre el titular doctor, siendo ambos doctores, incluso también el contratado laboral temporal doctor sobre el titular no doctor. Es decir, el criterio de atribución de prevalencia es la ostentación del grado de doctor y no la vinculación permanente o no del profesor, tal y como pretende defender el escrito de contestación a la demanda (...).

La pertenencia a estos cuerpos, sea como catedrático o como profesor titular, añade un valor que es el propio de los funcionarios públicos de carrera, que no puede ser desconocido por la norma litigiosa, que prescinde del mismo en la forma más arriba descrita.

No cabe duda que la impartición de enseñanzas en tercer ciclo puede quedar excluida para los profesores pertenecientes a cuerpos docentes que no tengan el grado de doctor, precisamente por las razones expuestas, pero sin que ello pueda suponer las limitaciones que en los otros dos ciclos recoge el acuerdo recurrido, y que tampoco podría hacer a los profesores titulares doctores ser postergados por los contratados doctores.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Ciertamente el art. 56.1 de la Ley 6/2001, establecía que los profesores titulares de las escuelas universitarias tendrán con carácter general plena capacidad docente al que se añade la investigadora cuando también estuviesen en posesión del título de doctor. La reforma operada en este precepto por la Ley orgánica 4/2007 no puede desconocer el que haya funcionarios pertenecientes a esos cuerpos que no sean doctores y a los que precisamente la disposición adicional segunda de esa ley reformadora garantiza el que permanezcan en su situación actual, manteniendo todos sus derechos y conservando su plena capacidad docente.

Estas circunstancias descritas hacen irracional, en los términos del propio escrito de contestación a la demanda, el orden de prevalencia contenido en el acuerdo litigioso que pospone a unos funcionarios docentes en relación a unos contratados indefinidos, sobre la base de que se posea o no la titulación o el grado de doctor, motivo este que determina la nulidad del acuerdo impugnado, conforme a lo previsto en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con los artículos 9.3 de la Constitución y demás preceptos señalados, así como con la doctrina jurisprudencial antes expuesta».

9.2 Estatuto del personal investigador predoctoral en formación

La Sentencia del TS de 16 de junio de 2020 (rec. 195/2019, ponente: Rodríguez-Zapata) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una universidad gallega contra el Real decreto 103/1019, de 1 de marzo, aprobatorio del Estatuto del personal investigador predoctoral (BOE de 15/03/2019).

Tal y como se indica en la sentencia: «Dicho real decreto se ha dictado en desarrollo de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación, que, en su artículo 20, establece tres modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador: el contrato predoctoral, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación y el contrato de investigador distinguido.

La norma que se impugna desarrolla reglamentariamente el artículo 21 de la ley y, de acuerdo con dicho precepto, regula un contrato predoctoral que tiene por objeto la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes estén en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS (acrónimo de European Credit Transfer System) o máster universitario, o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado. Este personal tendrá la consideración de personal investigador predoctoral en formación.

El real decreto desarrolla la relación laboral establecida mediante ese nuevo contrato predoctoral que se suscribe por escrito entre el personal investigador predoctoral en formación y las entidades públicas (del artículo 20.2 de la ley) o privadas (de su disposición adicional primera) (...).

El artículo 7 del real decreto regula las retribuciones de los contratos predoctorales y establece lo siguiente:

“1. La retribución de este contrato no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación

durante los dos primeros años, al 60 por 100 durante el tercer año, y al 75 por 100 durante el cuarto año. Tampoco podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año, según el artículo 27 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

2. Para el establecimiento de las retribuciones anteriores se tomará como referencia mínima la categoría correspondiente al Grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único de personal laboral de la Administración general del Estado.

3. La aplicación de la cantidad anual resultante se podrá también computar al periodo total del contrato predoctoral de cuatro años”».

La sentencia desestima el recurso considerando que:

«el proyecto tiene un impacto económico positivo, porque establece una reducción del 30% de la cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador predoctoral en formación contratado bajo la modalidad de contrato predoctoral establecida en el artículo 21 de la Ley 14/2011, de 1 de junio. La misma quedará acogida al Régimen General de la Seguridad Social en concordancia con la disposición adicional decimoctava de dicha ley (disposición adicional única).

La queja afecta al impacto presupuestario, pero resulta también que no lo tiene para el ejercicio para el que se dictó, porque –como opone el abogado del Estado– se siguen manteniendo las retribuciones económicas vigentes hasta la fecha, que se siguen abonando en las nóminas de los diversos organismos. La universidad recurrente pone por ello énfasis en las observaciones del Consejo de Estado, que cree que amparan su posición, y apunta una deficiencia de los informes existentes. Es obvio que las reflexiones del dictamen del alto cuerpo consultivo son meras consideraciones que no tienen carácter esencial para la decisión del consultante, como lo demuestra la fórmula “una vez consideradas” con la que concluye el dictamen respecto del acogimiento o no de sus mismas observaciones. Así lo entendió, sin duda, el Gobierno, que ha expedido el real decreto “de acuerdo con el Consejo de Estado, lo que esta sala no entiende objetable”.

El esfuerzo de argumentación de la recurrente se enerva del todo si se atiende, en fin, a los alegatos del abogado del Estado que subrayan que el decreto entró en vigor el 16 de marzo de 2019, que no es retroactivo y que se debe recordar la disposición transitoria cuarta de la Ley 14/2011, de 1 de junio, sin perjuicio de lo que resulte de cada particular contrato o de su modificación por convenio colectivo o pacto singular. Lo cierto es que, con esa interpretación, que es factible, se puede sostener válidamente que el real decreto no suponía incremento de gasto público ni incremento presupuestario para los contratos ya celebrados. E, incluso, que, respecto de los futuros, habrá que estar a la dotación que se establezca en presupuestos y lo que disponga cada entidad empleadora en ejercicio de su autonomía universitaria, lo que no tiene nada que ver con el real decreto. La causa de nulidad no prospera.

Todo ello sin que este tribunal tercié para zanjar, en un sentido o en otro, en lo que son simples dudas de interpretación de la norma, que no debe esclarecer un órgano jurisdiccional, que no es un órgano consultivo, siendo suficiente, a los efectos que nos interesan, que no prosperan porque se formulan como una causa de nulidad formal que no se puede acoger.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

El real decreto se ha expedido con una memoria económica, no son de aplicación las dos sentencias de esta sala que se invocan y, como ya se ha dicho, el dictamen emitido por el Consejo de Estado tampoco apoya la interpretación de la recurrente».

Regap

Recensiones

3

Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el liberalismo incipiente



FRANCISCO VILA CONDE

Universidad Autónoma de Madrid
franvilaconde@hotmail.com

Recibido: 01/07/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4563>

regap



RECENSIONES

SOSA WAGNER, F.: *Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico. Montgelas: el liberalismo incipiente*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 268. ISBN: 978-84-9123-776-1¹.

Gracia y desgracia del Sacro Imperio Romano Germánico es el título de la última obra del profesor Francisco Sosa Wagner, un libro que, a pesar de la abrumadora cantidad de datos y precisiones históricas, es, como suele ser habitual en sus obras, de lectura ágil, gracias a una prosa fina y entretenida, elegante y placentera. Este libro se inscribe en una saga, empezada con *Maestros alemanes del Derecho público*, continuada con *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confianzas*, al que siguió *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975*, que trata de acercar al lector español a la Historia alemana y a su derecho público. Esta última obra es, quizás, la menos alemana de todas, a la vez que la más difícil de relatar por la cantidad de siglos de vigencia del coloso que describe: el Sacro Imperio Romano Germánico.

El ensayo puede dividirse en dos partes, que podrían constituir dos libros independientes. La primera está formada por los capítulos 1 y 7. La segunda, por los capítulos

¹ Reseña escrita siendo destinatario su autor de una Ayuda para el Fomento de la Investigación en Estudios de Máster-UAM 2019.

2 a 6, donde narra las peripecias vitales de Maximilian Joseph Montgelas, auténtico «rey en la sombra» del Reino de Baviera. Vayamos por partes.

Tanto el primer capítulo de la obra como el último (capítulo 7) narran la Historia del Sacro Imperio. La diferencia estriba en que el último lo hace desde el *jus publicum* y los autores que fueron decisivos para su formación. El capítulo primero, por su parte, empieza con una interesantísima digresión que trata de calificar, de definir, qué tipo de forma político-histórica fue el Sacro Imperio. El autor señala que «el Sacro Imperio no fue un *Estado territorial*, sino más bien una combinación de personas, instituciones, corporaciones que cambiaba al hilo de guerras (...). A su frente se hallaba el emperador representando, de una manera simbólica, la unidad y la legitimidad de un conjunto vaporoso».

Esta forma política, nacida entre agua bendita, efectivamente no fue, ni tampoco podía ser, un Estado. Si bien la formación del Estado fue un proceso agregativo, lento y progresivo, donde quien ostentaba el poder estatal fue absorbiendo el resto de poderes intermedios hasta convertirse en soberano (poder absoluto que no está sometido a ningún otro y al que todos se subordinan, caracterizado por la unidad de acción y decisión, a la vez que pacificador de los conflictos surgidos en el territorio sobre el que se proyecta al ostentar él, y solo él, el Estado, el monopolio legítimo de la violencia), no es menos cierto que la forma política estatal surge en la modernidad a partir de la Reforma, sin perjuicio del precedente de Federico II de Suabia, allá por el siglo XIII. El Estado nace con la afirmación del particularismo, representado por los Estados, frente al universalismo representado por la Iglesia y, precisamente, el Sacro Imperio.

Por lo tanto, la precisión hecha por el profesor es clara y pertinente, ya que deslinda la forma estatal de la forma política que constituía el Sacro Imperio. Como se colige de la anterior referencia, el Sacro Imperio jamás tuvo un poder central fuerte, sino que se trataba de un emperador, cuasi nominal, que era incapaz de controlar los conflictos internos entre los cientos de principados, ducados y condados en los que el Imperio se dividía. El Sacro Imperio no fue capaz de tener un ejército propio independiente de los ejércitos de los principados que lo conformaban, los cuales solo se unían para luchar frente a un enemigo común (Imperio otomano) y que, a falta del mismo, se dedicaban a guerrear entre ellos. El autor achaca la debilidad del poder del emperador a lo que denomina la «huella de Augsburgo». Es decir, los sucesivos emperadores pertenecientes a esta dinastía en nada contribuyeron a centralizar y fortalecer el poder imperial, sino que, a través de las sucesivas «capitulaciones» que firmaba el emperador electo (porque en el Sacro Imperio los emperadores debían ser elegidos) con los diferentes principados, estos últimos ganaban cada vez más poder en detrimento del poder central (algo similar a la España actual). ¡Cuán caro sale obtener el poder!

Con la llegada de la Reforma (siglo XVI), el poder central del emperador se debilitó más todavía. Se echa en falta, quizás, que el profesor Sosa Wagner no haya hecho una reflexión, a la luz de la Historia del Sacro Imperio, de si la Iglesia no obtuvo su justo pago cuando los Estados surgidos de la Paz de Westfalia (1648) niegan el poder del obispo de Roma. A saber, la debilidad del Imperio tiene una razón que, a mi juicio,

es esencial: el palo en las ruedas con el que se encontraba el emperador siempre que quería fortalecer su poder. Ese palo en las ruedas tenía nombre y apellido, y no era otro que el de los sucesivos papas que ocuparon la silla de San Pedro. En la Alta Edad Media, la *respublica* o *societas christiana* se apoyaba en dos espadas: el Imperio, *sacro*, y la Iglesia, *sancta*. Esta república cristiana era universal en acto y en potencia. En acto, porque abarcaba a todos los pueblos de Occidente; en potencia, porque tenía como fin la evangelización de todo el género humano. La república cristiana se vio periclitada principalmente porque la *Sancta Ecclesia*, después del emperador Federico Barbarroja (1123-1190), declaró exentos del poder imperial determinados territorios (España, Francia e Inglaterra), y otros territorios que seguían formando parte del Imperio estaban gobernados por un eclesiástico (obispo) que debía obediencia al papa antes que al emperador. La Iglesia fue quien puso el germen del particularismo frente al universalismo del emperador. Por consiguiente, en una suerte de gracia *divina*, cuando, después de la Reforma, los diferentes reyes afirman su religión (reformada) y el particularismo estatal frente a la Iglesia, no hicieron sino devolverle la moneda con que ella había pagado al Imperio. La llegada de la Reforma significó, de este modo, que el mundo occidental se convirtiese en un pluriverso de Estados. El poder del emperador se vio más limitado todavía. Como de manera acertada señala el profesor: «Muy resumidamente puede afirmarse que la historia del Sacro Imperio es la del enfrentamiento entre el *káiser* y los príncipes territoriales más el condimento que añadían las ambiciones pertinaces de la Iglesia».

En medio del embrollo descrito, la institución que mejor representó la unidad del Imperio fueron los tribunales de justicia imperiales: el *Reichshofrat* y el *Reichskammergericht*. Nunca destacados por una atribución de competencias claras entre uno y otro ni tampoco por la rapidez con la que resolvían los litigios, empero, «no se comprende el Derecho público alemán si no se tiene en cuenta la labor desplegada por estos tribunales tanto por la forma de resolver los pleitos ante ellos planteados con sus argumentaciones inacabables y puntillosas como por lo que significó su importante contribución a la formación de los juristas de las universidades». De las palabras del autor se infiere que estos tribunales de justicia, con todas sus limitaciones, son lo más destacable de una forma política por ratos irreconocible. No exentos de acusaciones de corrupción a los jueces que los componían, ambos tribunales fueron, sin embargo, quienes «siempre cosecharon el aplauso medido (al convivir con burlas populares poco indulgentes) pero expresivo por representar, mejor que ninguna otra institución, la unidad y utilidad del *Reich*».

El capítulo 7 del libro, que, como adelantamos, es la continuación del primer capítulo, es tremendamente instructivo para el interesado en el derecho público. El segundo párrafo del capítulo contiene una sentencia diáfana, expresiva y contundente: «Allí donde hay una autoridad, allí acaba habiendo Derecho público». Con esta referencia deberían empezar todas las clases de derecho en el primer año de carrera. A lo largo del más de medio centenar de páginas que contiene el capítulo, el autor demuestra manejar conceptos clave como: *cuius regio, eius religio*, soberanía, *sine tributis nullus status*, etc., explicándolos desde sus formuladores (Stephani, Bodino, Justus Lipsius)

Regap



RECENSIONES

con una soltura envidiable. Resume, aclara y explica todos estos términos, que, insisto, cualquier curioso por los conceptos jurídico-públicos conformadores de la modernidad tiene en estas páginas un material preciso y precioso con el que empezar a trabajar.

El resto de capítulos de la obra están destinados a acercar al lector español a la figura de Maximilian Joseph Montgelas. Este sujeto nació en Múnich en 1759. Estudió con los jesuitas, primero, y en la Universidad de Estrasburgo, después, entre 1770 y 1776. En esta última ciudad, conocería a personajes tan desconocidos como un tal Goethe, quien también cursaba derecho en Estrasburgo por aquellos años. Montgelas fue, desde sus años como estudiante, un apasionado de la Historia, pues, señala el profesor Sosa Wagner, «la Historia ofrece al tiempo una colección de experiencias para los políticos y una cantera para la invocación de títulos jurídicos en pleitos y disputas». Al terminar la carrera, perteneció a los famosos Iluminados de Baviera, «una especie de masonería, aunque ambas organizaciones procuraron siempre mantener bien separadas sus particulares parroquias». Ser un iluminado, a pesar de renunciar a las organizaciones secretas e incluso llegar a prohibirlas cuando era triministro todopoderoso del Reino de Baviera, marcó para siempre su vida, pues fueron constantes los ataques que recibió por pertenecer a dicha organización.

El joven Montgelas se llevaba extraordinariamente mal con el príncipe elector de Baviera –Karl Theodor–, de modo que fue a parar al pequeño ducado de Zweibrücken (uno de esos cientos de principados, ducados y condados que componían el Sacro Imperio) a cuyo frente se hallaba Karl II. A la muerte de este último, le sucedió en el ducado el duque Max, a quien Montgelas acompañará el resto de su carrera como político. A la muerte del odiado Karl Theodor (1799), el duque Max (Max IV Joseph) se convierte en príncipe elector de Baviera y Montgelas le sigue en su nuevo destino.

Montgelas era un personaje ilustrado, tenía una biblioteca con miles y miles de libros y estaba dispuesto, primero en Zweibrücken y luego en Baviera, a hacer las reformas necesarias. Fue un sujeto interesado en edificar un Estado neutral (secularizado) y despojarse del vetusto Imperio que, si bien materialmente, como se ha dicho, nunca tuvo un poder fuerte efectivo, sí era un lastre (bastante pesado) que Montgelas no estaba dispuesto a cargar. La fortuna le sonrió, en cierto modo, cuando Napoleón se dedicó a hacer la guerra, a diestro y siniestro, frente a todo aquel que se oponía a Francia. Napoleón invade territorios del Imperio y, tras el *Acta concluyente de la Dieta Imperial* de 1803, el Imperio salta por el aire. Ya en 1805, Baviera apoya a Napoleón frente a Rusia, Inglaterra y Austria (sí, el *Reich*), y tiene su recompensa, ya que, con la Paz de 1805, Baviera, por primera vez en la Historia, se convierte en un reino. Sobra decir que detrás de todos estos tejemanejes estaba el ilustrado Montgelas. El profesor Sosa Wagner es bastante benévolo con su figura, pues, si bien no duda en calificar –con razón– de lacayos a todos aquellos alemanes (incluido algún obispo) que se pusieron al servicio del francés, con Montgelas es bastante complaciente. No obstante, visto con perspectiva, no puede sino ser calificado de cipayo, a pesar de que el autor sostenga –siguiendo los escritos del ilustrado– que, «tanto en la alianza con Francia como en el abandono de la misma, actuó impulsado por su amor a Baviera y en servicio a su Estado».

Sentando lo precedente, como gobernante bávaro llevó a cabo una serie de reformas recogidas en los capítulos 4 y 5: reformas en la estructura política a favor de la secularización, educación obligatoria, etc. Lo más interesante de su figura es el intento de juridificar lo político como Estado moderno, es decir, neutral, al que todo se subordina y que no puede reconocer otro señorío en su territorio que el suyo propio. Dicho de otro modo, acabar con los cuerpos intermedios (Iglesia, principalmente) y que el Estado pase a ejercer las funciones públicas que antes ejercerían dichos cuerpos (educación, beneficencia, etc.). Montgelas creía en el Estado como racionalizador del orden político. Esto había de conseguirse con reformas que secularizasen el orden. Le preocupaba especialmente que pudiese haber gentes no sometidas a la jurisdicción del Estado, como era el caso de los conventos, de ahí que los pusiese en su punto de mira y tratase de terminar con sus privilegios. En un Estado neutral y moderno todos son súbditos y se hallan sometidos a la soberanía del Estado. Por lo tanto, los obispos, como cualquier otro, son súbditos que deben someterse al poder estatal. Montgelas no admitía la separación Iglesia y Estado, sino que defendía «su incorporación [la de la Iglesia] en el Estado asegurando al príncipe (...) la autoridad para desplegar dentro de ella todos los atributos de su soberanía». Estas ideas, sobra decir, chocaron frontalmente con el obispo de Roma y Montgelas no llegó a firmar un Concordato con la Iglesia; mas este sí fructificaría en 1817, cuando el ilustrado ya no estaba en el poder. La citada norma, vigente durante un siglo, si bien no llevó la firma formal de Montgelas, sí llevaba la rúbrica material, pues consagró el principio de igualdad entre confesiones cristianas por él defendido.

En definitiva, el libro que nos presenta el profesor Sosa Wagner es especialmente interesante por dos motivos. Por un lado, el modo de quintaesenciar los principales conceptos del derecho público conformadores de la estatalidad. Por otro lado, acercar al lector a la Historia del Sacro Imperio y de Montgelas, del cual, confieso, no tenía conocimiento hasta leer esta obra. Es un ensayo jurídico-histórico de gran calidad, como nos tiene acostumbrados el autor, claro, riguroso y escrito con la envidiable pluma de quien es capaz de conjugar la genialidad del novelista con la precisión del jurista.

Regap



RECENSIONES

El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos



DARÍO BADULES IGLESIAS

Investigador predoctoral FPU
Universidad de Zaragoza
Orcid 0000-0003-4907-5911
dbadules@unizar.es

Recibido: 15/04/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4300>

Regap



RECENSIONES

GARCÉS SANAGUSTÍN, Á.: *El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos*, Madrid, Iustel, 2020, 228 pp. ISBN 978-84-9890-379-9.

En ocasiones, no es necesario escribir grandes tratados con sesudas disquisiciones para decir mucho. La monografía que vengo a comentar es un ejemplo de ello. El Dr. Garcés Sanagustín, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, presenta en esta ocasión una obra que podría hasta denominarse íntima, de alguna forma sentimental, pero no por ello carente de un gran rigor jurídico y también histórico.

Se trata de un libro que, como él mismo reconoce, podría estar a mitad de camino entre la monografía jurídica y el ensayo. Prueba de esto es que todo el texto aparece trufado de numerosísimas historias, de no menos opiniones y de bastantes giros literarios (en ocasiones, hasta novelescos) que hacen la lectura amena, interesante, pero no por ello menos profunda.

La obra del profesor Garcés Sanagustín gira en torno a la idea que él mismo define como «Derecho de la Historia». Este no debe confundirse con el análisis histórico del derecho, sino que se aproximaría quizás más a una especie de análisis jurídico de la Historia, si es que esto es posible. Y es que, como bien advierte el autor, el derecho

se está convirtiendo, de unos años a esta parte, en una suerte de «sede para resolver “querellas” históricas y conflictos entre historiadores» (p. 23), teniendo como consecuencia que el pasado se haya vuelto, de alguna forma y a pesar del evidente oxímoron, «imprevisible».

En su opinión, los poderes públicos estarían acuñando una especie de *tertium genus*, los «actos simbólicos» (p. 28), de naturaleza dúctil, con dudosa eficacia jurídica pero indudables efectos políticos: «en algunas de estas normas (...) –dice– prima más la pulsión por imponer el relato de unos hechos del pasado que el establecimiento de normas con capacidad para crear o modificar situaciones o posiciones jurídicas concretas».

El juicio al que se estaría sometiendo esa magnitud del espacio-tiempo que son los hechos pasados (y, por lo tanto, al menos de momento, inalterables) resultaría inadecuado si se realiza en sede jurídica. El derecho, como recuerda, pretende mirar al futuro, ordenar la vida de manera prospectiva; no puede alterar el pasado. Y eso mismo, pretender alterar de alguna forma el pasado, es lo que, en su opinión, vendrían a representar los dos ejemplos que estudia en detalle: el de la memoria histórica y el de los derechos históricos, a cuyo estudio dedica los dos capítulos principales de la obra.

El primer capítulo-ensayo versa sobre «la memoria histórica o democrática». Tras una inicial digresión conceptual –sobre las memorias, la memoria empírica, la colectiva, la histórica y la democrática– viene a analizar las conocidas como leyes de memoria histórica estatal –Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura (LMH)– y sus homólogas (y, algunas, homónimas) autonómicas. El tono crítico con respecto a ellas reluce en toda la obra. A su parecer, «quizás la memoria histórica tenga (...) mucho de representación del pasado y de exaltación de sus dramas» (p. 41). Sin embargo, considera que el espíritu inicial de la LMH atendía al reconocimiento y a la no renuncia de la Transición española (p. 43), por lo que el problema residiría en los excesos posteriores, en pretender realizar una «causa general histórica» (p. 45), no en pretender hallar los restos de los familiares desaparecidos, propósito que aplaude y considera imprescindible.

Crítica, de manera repetida, el hecho de que lo que llega a calificar como «legítimo derecho a la soflama» (p. 46) de los representantes políticos se esté convirtiendo en normas jurídicas de obligado cumplimiento, pero de dudosos efectos. Volvemos, pues, a esa categoría etérea ya definida de los actos simbólicos. Y es que, en buena medida, algunos de los problemas que plantean estas leyes vienen de la mano de la naturaleza de determinadas concesiones graciosas vinculadas al tradicional derecho premial (reconocimientos, nombramientos, medallas, nomenclátor de calles, etc.). El legislador debería tomar nota de algunas de las reflexiones del profesor Garcés Sanagustín en este punto: si se pretende, legítimamente, alterar y revocar concesiones de dichos actos de mérito, deben articularse los mecanismos oportunos para evitar la lesión de derechos fundamentales de los interesados o sus herederos, en especial el honor.

Pero no solo debe otorgarse protección jurídica al honor u otros derechos, sino que también se debe ser restrictivo en cuanto a lo que se refiere a la alteración de dichos

honoros, pues en ocasiones poco o nada tuvieron que ver con un pasado autoritario. Dicho de otro modo, recuerda con tesón que no es lo mismo haber caído en un lado de la Historia que ser partícipe activo de la represión y de la comisión de atrocidades variadas: no hay que «confundir adversarios con verdugos» (p. 79).

Se opone con tesón a la imposición de una «visión monolítica e incontrovertible» (p. 70) de los hechos históricos, hasta el punto de que cualquier opinión disidente se estaría viendo abocada a un ostracismo. Y es que estas leyes estarían, según su parecer, imponiendo una determinada visión de la historia (p. 72), hasta el punto de estar asistiendo al advenimiento de lo que viene a llamar un «nuevo Derecho político».

Todo ello, por no hablar de determinadas afecciones a la autonomía local que leyes autonómicas (como la aragonesa de memoria democrática) estarían causando sobre las competencias de los municipios, especialmente en lo que se refiere a la denominación de sus vías o el problema de la insuficiencia del rango para la afectación a determinados derechos fundamentales, en materia sancionadora, de conductas que afectan a la libertad de expresión.

En este capítulo se encontrará también un análisis bastante detallado de un acontecimiento de gran actualidad, como ha sido la exhumación de los restos mortales del dictador Franco del Valle de los Caídos. En resumen, ve adecuada la disposición de estos –con salvedades en cuanto, por ejemplo, a la urgencia o necesidad– para su retirada de dicho recinto; más complicada, si no inadecuada, es en su opinión la obligatoria reinhumación en un lugar ajeno a la voluntad de la familia. Ve, en todo caso, en algunas de las resoluciones judiciales que se sustanciaron con ocasión de esta controversia, manifestaciones del Derecho de la Historia, al tratar de emitir juicios jurídicos sobre eventos históricos.

Por otro lado, me parece capital, por ir a la médula misma de la cuestión, un recordatorio que, casi de soslayo, realiza: «los programas de las facultades de Derecho son un buen ejemplo de ese devenir histórico, de ese incesante trueque de valores y principios». Más allá del estudio de la historia del derecho, considero imprescindible que en la explicación de los programas actuales de las asignaturas del grado en derecho se estudie la génesis de las instituciones que componen dichos programas. Flaco favor haríamos al alumnado si nos limitásemos a explicar la legislación vigente como un mero compendio de normas, o al menos así lo creo. Su reivindicación de los clásicos (p. 107) iría en esta línea, pues en caso contrario podríamos incurrir en lo que ha denominado la «prepotencia de la posteridad».

El segundo capítulo-ensayo –titulado «Aragón y los derechos históricos»– tiene por objeto el análisis de una cuestión espinosa en lo que se refiere a la articulación territorial del poder. No debe confundirse el hecho de que el autor se refiera con carácter preferente a la situación de Aragón con que esté limitada a ella. Más bien al contrario: las reflexiones de esta parte de la obra servirán para el estudio de dicha configuración de la organización territorial y, en especial, las legitimidades pretendidas por algunos (en particular, nacionalistas).

El trasunto de esta parte pivota en torno a la reciente Ley aragonesa 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón –ley que ha quedado



prácticamente desintegrada en su totalidad por la declaración de inconstitucionalidad de buena parte de su articulado operada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2019– y a su pretendida voluntad de configurar una legitimidad jurídica alternativa a la Constitución de 1978. Esta ley, en opinión del autor, sería una de esas «normas que pretenden crear (...) una identidad histórica» (p. 116) a través del derecho.

En este capítulo se van desmenuzando buena parte de los preceptos (ahora declarados inconstitucionales), con un análisis que ya avanzaba su contradicción con la norma suprema: la pretendida doble «nacionalidad» aragonesa, el uso de la bandera, los principios de interpretación de las normas aragonesas, las instituciones autonómicas... en evidente conflicto, todos ellos, con las competencias estatales y estatutarias.

Cree el autor, acertadamente, que «nuestros actuales “fueros” son precisamente la Constitución española, el Estatuto de autonomía y la legislación emanada de la Unión Europea» (p. 125). Y sostiene, parafraseando a Hans Huber (en su célebre expresión sobre la discrecionalidad), que «una inadecuada y exagerada interpretación de la disposición adicional primera [de la Constitución] puede introducir un “caballo de Troya” en nuestro sistema constitucional» (p. 131). ¿Deberíamos plantearnos –me pregunto yo–, en esa siempre en boga reforma de la Constitución, la supresión de esta disposición adicional? Quizás el pacto federal sea una solución que garantice la igualdad de toda la ciudadanía y, a la vez, el mantenimiento de dichas prerrogativas –mal llamadas «derechos históricos»– de los territorios. En palabras de Garcés Sanagustín: «La Historia no debería otorgar derechos» (p. 195).

Y es que, en ocasiones, parece olvidarse que la revolución liberal iniciada en Francia y Estados Unidos lo que pretende es precisamente eso: acabar con viejos privilegios territoriales y reconocer derechos a los individuos, no a los territorios. De ahí la estupefacción no solo del autor, sino de muchos por el hecho de que sea la izquierda la que, en ocasiones, más defiende esta cuestión de los «derechos históricos». Sirva como ejemplo que uno de los mayores adalides del tema fue el diputado conservador Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. De cualquier modo, desde la generalización del proceso autonómico, la cuestión de los derechos históricos ha perdido, en buena medida, su sentido, reduciéndose de algún modo a una anhelada –por algunos– autodeterminación al margen de la Constitución y, añadido, un no menos importante pacto de carácter económico y fiscal con los dos únicos territorios que el Tribunal Constitucional considera forales, en su restringida y antiliberal visión de la foralidad. Y es que, «en realidad, la descentralización acometida a través de las comunidades autónomas ha provocado un autogobierno mucho mayor del que podían soñar los foralistas» (p. 181).

En las reflexiones finales propone algunas cuestiones innovadoras y atractivas. Entre otras, por ejemplo, la reivindicación del pasado musulmán de nuestros territorios, como método de integración de las poblaciones inmigrantes de origen árabe. Advierte también de los peligros de utilizar el relato histórico como propaganda (p. 166), pues ello puede conducir a una deslegitimación del sistema actual que actúe como dinamita para sus bases. Y critica el aparente hecho de que, en el presente, parece solo importar el Estado para la prestación de servicios y, mientras ello funcione, no se

advierten «demasiadas preocupaciones por la situación real del Estado de Derecho, la calidad de la participación democrática o la salud de la moral pública» (p. 178), en una llamada de atención a una ciudadanía responsable y comprometida.

Concluye, en fin, con un emotivo epílogo con el relato de parte de su historia familiar y personal, que bien merece una lectura. Esta monografía, en definitiva, resulta sugerente y estimulante a partes iguales. Plantea numerosas cuestiones abiertas, muchas dudas y no menos sugerencias y proposiciones. Es un campo fértil para futuras investigaciones. En todo caso, lo más importante es que no consintamos que esta simbiosis entre Derecho e Historia acabe «socavando algunas de las garantías esenciales del Estado de Derecho» (p. 32).

Regap



RECENSIONES

El recurso de casación en materia tributaria



MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Abogada
Doctora en Derecho
Universidad de Vigo

Recibido: 10/03/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.163>

regap



RECENSIONES

ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E.: *El recurso de casación en materia tributaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 723 pp. ISBN 978-84-9197-526-7.

La monografía objeto de comentario es de la autoría individual de la doctora en Derecho Estefanía Álvarez Menéndez y trae causa, precisamente, de su tesis de doctorado. En ella se recoge, precedido de un excelso prólogo redactado por Isabel García-Ovies Sarandeses, catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Oviedo, un detenido y exhaustivo examen de la temática, siempre de actualidad y poco pacífica en la doctrina, relativa al recurso de casación contencioso-administrativo, particularmente en el ámbito tributario y tras la reforma operada por la LO 7/2015, de 21 de julio.

El protagonista del libro es, sin duda, el Tribunal Supremo. La autora pone el acento en el estudio de las peculiaridades de las diferentes fases de tramitación del recurso de casación, tomando especialmente en consideración que la preparación y admisión resultan claves para la prosperabilidad del recurso. Sin embargo, la obra no se queda en una mera exposición teórica de contenidos jurídicos, sino que incluye interesantes propuestas de *lege ferenda*, referidas con singularidad al sistema de recursos existente

en la jurisdicción contencioso-administrativa y tomando como parangón los modelos e ideas del derecho comparado.

La monografía goza de una estructura muy adecuada y se componen de una introducción y seis capítulos que tratan de manera integral todas las cuestiones elementales (además de complementarias) y de interés ligadas al recurso de casación.

El primero de ellos lleva por título “La finalidad del recurso de casación: un estudio a través de su evolución histórica”. Pormenoriza aquí la autora en la influencia del derecho romano y del derecho intermedio italiano hasta acercarse al nacimiento del recurso de casación en Francia, donde hace hincapié en el factor histórico y en el factor ideológico, contrastando el Antiguo Régimen como nacimiento del moderno recurso de casación que tuvo lugar en la Revolución Francesa. Emplea todo esto con el propósito de aproximarse, a continuación, a los antecedentes históricos del recurso de casación en España, destacando las causas de desnaturalización de su finalidad. El análisis de corte histórico no se lleva a cabo de manera simplemente incidental o con la pretensión de incrementar la extensión de la obra, sino con el fin de revelar la verdadera finalidad de este recurso, como bien se anticipa ya en el prólogo.

El segundo capítulo se titula “El recurso de casación de la LJCA 29/1998 con anterioridad a la reforma operada por la LO 7/2015: implicaciones actuales de un modelo agotado”. La mayor parte de este apartado se centra en el estudio, desde una perspectiva de análisis crítico y minucioso, de la regulación en la jurisdicción contencioso-administrativa del recurso de casación ordinario en lo que se refiere, como es lógico en atención al concreto objeto de investigación, más particularmente a la esfera del derecho tributario, si bien los epígrafes segundo y tercero abordan el recurso de casación para unificación de doctrina y el recurso en interés de ley, respectivamente.

El capítulo tercero profundiza en la “Urgente necesidad de un cambio de modelo”, conclusión a la que llega la autora tras efectuar una aproximación al recurso de casación civil y al amparo constitucional, para tratar de explicar la dimensión objetiva de los recursos examinando esta cuestión, asimismo, desde la óptica del derecho de acceso a los tribunales previsto en el CEDH.

Desciende en este contexto la autora al estudio pormenorizado de uno de los elementos más característicos del recurso de casación en el ámbito que nos atañe, esto es, su dimensión objetiva, deteniéndose aquí en el paso del interés casacional como causa de inadmisión al interés casacional como criterio de admisión. Respecto a este último punto, profundiza en los distintos intentos promovidos en nuestro país, hasta la aprobación de la LO 7/2015, de 21 de julio, para la implantación en la jurisdicción contencioso-administrativa del interés casacional como factor determinante de la admisión y, más en concreto, refleja los aspectos sustanciales del Proyecto de Ley orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal; de la propuesta de reforma de la Ley orgánica del poder judicial; de la propuesta del Anteproyecto de Ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; y del Anteproyecto de la LOPJ, de 4 de abril de 2014.

El capítulo cuarto se destina al estudio del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo tras la modificación operada por la LO 7/2015, de 21 de julio. La novedad más representativa introducida en este recurso en materia tributaria, como ya se podía entrever de lo referido con anterioridad, estriba fundamentalmente en la exigencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como requisito previo para la admisión a trámite del recurso, lo que además conforma un concepto jurídico indeterminado¹, cuyo contenido, significado y alcance deberán ser matizados con el transcurso del tiempo². Dicha norma es examinada aquí en profundidad, partiendo de la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación y de su esencia. Se delimita aquí el ámbito de aplicación del recurso de casación y su nuevo régimen de admisión (extremo este último de mayor transcendencia y polémica tanto desde un punto de vista investigador como práctico). Como no podría ser de otra manera, en este capítulo se analizan con detalle las distintas fases procesales en que se divide el recurso y su tramitación: preparación, admisión, interposición, oposición, vista y sentencia, debiendo aclarar que las cuatro últimas tienen lugar solamente en lo que concierne a los recursos de casación que hubiesen sido previamente admitidos.

El capítulo quinto se centra en el recurso de casación autonómico. Así, se examina el tipo de resoluciones contra las que se puede recurrir, los supuestos o presunciones de interés casacional objetivo que cabe invocar en la casación autonómica y el problemático reconocimiento del recurso de casación autonómico frente a sentencias de los tribunales superiores de justicia, teniendo en cuenta lo establecido en el Auto del Tribunal Constitucional 41/2018, de 16 de abril, que parece no haber armonizado los diferentes criterios interpretativos concurrentes en la materia ni despejado las dudas más destacables.

Finalmente, a modo de conclusión, tras las profundas, meditadas y críticas reflexiones de la autora, se plasma el contenido del capítulo sexto, donde se recoge el quid de toda la obra, que representa su colofón o corolario, es decir, la propuesta de reforma de la revisión jurisdiccional de los actos tributarios al amparo del derecho comparado (y más en singular de las experiencias norteamericana, portuguesa, francesa y alemana). Ello supone la aportación más relevante de la autora, como cénit de su ardua y prolija investigación.

La autora, además de concluir en el capítulo anterior que en lo referente al recurso de casación autonómica también es necesario acometer una reforma legislativa, en el capítulo sexto aboga por reconsiderar el sistema de recursos de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, máxime cuando el recurso de casación posee una dimensión objetiva y los intereses de la persona litigante se sitúan en un segundo plano en la admisión del recurso. En sintonía con esta idea, viene a colegir, en resumidas cuentas, que la generalización del recurso de apelación, en defensa de los intereses de

¹ Que ya tiene su precedente en la casación civil y en la exigencia de transcendencia constitucional como presupuesto de admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, motivo por el cual la autora profundiza en estas figuras acertadamente.

² La razón de cambiar los criterios de admisión responde a la idea de que el recurso de casación deje de constituir una suerte de última instancia de revisión para aquellos asuntos de mayor cuantía para convertirse en un instrumento de mejora del ordenamiento jurídico.

los litigantes, supera la conveniencia para convertirse en un elemento indispensable. En definitiva, a la vista del conjunto de la obra y su contenido, no podemos sino afirmar que se trata de un excelente trabajo de investigación, elaborado con pleno rigor científico y académico y con un excelente dominio y manejo de las fuentes no solo bibliográficas, sino también jurisprudenciales, que trata además de ofrecer soluciones a los problemas que en la práctica más preocupan a los operadores jurídicos que se desenvuelven en el campo tributario-judicial y, más en concreto, en lo que se refiere a la impugnación de actos de esta índole, ofreciendo claves y pautas para mejorar la viabilidad de los recursos de casación que se planteen y obtener resultados que satisfagan las expectativas y pretensiones ejercitadas.

Finalizamos, pues, sin más dilación, recomendando la lectura de esta monografía jurídica, de relevancia y contenido no solo tributario, sino también marcadamente procesal.

Regap

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS NORMAS DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES NORMAS DE PUBLICACIÓN

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS PUBLICATION REQUIREMENTS

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia e rigor. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os autores recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. O resultado da avaliación poderá ser positiva, positiva con modificacións ou negativa. En caso de que os avaliadores propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
 - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “Estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “Comentarios e Crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do autor/a/es/as.
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU.
(Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo", *Título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
 - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
 - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "Estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "Comentarios y Crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del autor/a/es/as.
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma



inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "Título del artículo", *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.



PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15th of May and of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
 - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
 - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
 - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
 - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26th September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).



Escola Galega de
Administración
Pública



Xacobeo 2021

galega



XUNTA
DE GALICIA