

60 Regap

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 60 (xullo-decembro 2020)

_ESTUDIOS [01] BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. As causas xerais de resolución dos contratos administrativos.

En particular, o incumplimento do contratista: unha posta ao día **[02]** SANZ LARRUGA, Francisco Javier. Dereito a unha información sanitaria veraz e a unha boa xestión dos datos epidemiolóxicos. Unha materia pendente en España con motivo do COVID-19 **[03]** RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio. Pandemia, axudas de Estado e axudas aos Estados: o reto da eficiente asignación de recursos públicos en tempos de crise **[04]** OLIVEIRA, Fernanda Paula. O ordenamento do territorio e os desafíos colocados pelas áreas de baixa densidade: breves anotacións sobre a realidade portuguesa

_COMENTARIOS E CRÓNICAS [05] VALIÑO CES, Almudena. A mediación no proceso contencioso-administrativo.

Unha perspectiva comparada entre o dereito portugués e o dereito español **[06]** BARBEITO POSE, Víctor José e BUSTELO ABUÍN, Julián. Os contornos de protección na Lei 5/2016 e no Plan básico autonómico **[07]** RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco. Principio de autoría nos trámites ante as administracións públicas: adaptación á nova era dixital **[08]** IGLESIAS REY, Patricia. A integridade na contratación pública. O papel do Consello de Contas de Galicia na prevención da corrupción e na xestión de riscos na contratación pública **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa

_RECENSIONES [10] PIÑEIRO SOLIÑO, Verónica. Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones **[11]** BETETOS AGRELO, Noelia. Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación **[12]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación

_ESTUDIOS [01] BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. Las causas generales de resolución de los contratos administrativos.

En particular, el incumplimiento del contratista: una puesta al día **[02]** SANZ LARRUGA, Francisco Javier. Derecho a una información sanitaria veraz y a una buena gestión de los datos epidemiológicos. Una asignatura pendiente en España con motivo del COVID-19 **[03]** RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio. Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los Estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis **[04]** OLIVEIRA, Fernanda Paula. La ordenación del territorio y los retos que plantean las áreas de baja densidad de población: breves notas sobre la realidad portuguesa

_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [05] VALIÑO CES, Almudena. La mediación en el proceso contencioso-administrativo.

Una perspectiva comparada entre el derecho portugués y el derecho español **[06]** BARBEITO POSE, Víctor José y BUSTELO ABUÍN, Julián. Los entornos de protección en la Ley 5/2016 y en el Plan básico autonómico **[07]** RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco. Principio de autoría en los trámites ante las administraciones públicas: adaptación a la nueva era digital **[08]** IGLESIAS REY, Patricia. La integridad en la contratación pública. El papel del Consello de Contas de Galicia en la prevención de la corrupción y en la gestión de riesgos en la contratación pública **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa

_RECENSIONES [10] PIÑEIRO SOLIÑO, Verónica. Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones **[11]** BETETOS AGRELO, Noelia. Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación **[12]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación

A REGAP, que iniciou a súa andaina en 1992, estruturábase 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); directora técnica: **Diana Santiago Iglesias**, USC (Galicia, España); secretario: **Alejandro Villanueva Turnes**, 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 Miguez 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 Radío**, 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 (Venecia, 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 (Bologna, 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-L: 1132-8371 DOI: https://doi.org/10.36402/regap.v0i60 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-L: 1132-8371

Núm. 60, xullo-decembro 2020 \ Number 60, July-December 2020

Sumario/Summary

1 ESTUDOS / STUDIES

Concepción Barrero Rodríguez

As causas xerais de resolución dos contratos administrativos. En particular, o incumprimento do contratista: unha posta ao día 5
General causes of termination of administrative contracts. In particular, contractor breach: an update

Francisco Javier Sanz Larruga

Dereito a unha información sanitaria veraz e a unha boa xestión dos datos epidemiolóxicos. Unha materia pendente en España con motivo do COVID-19 37
Right to accurate health information and good management of epidemiological data. A pending issue in Spain due to COVID-19

José Antonio Rodríguez Míguez

Pandemia, axudas de Estado e axudas aos Estados: o reto da eficiente asignación de recursos públicos en tempos de crise. 93
Pandemic, State aid and aid to the States: the challenge of efficient allocation of public resources in times of crisis

Fernanda Paula Oliveira

O ordenamento do territorio e os desafíos colocados pelas áreas de baixa densidade: breves anotacións sobre a realidade portuguesa. 125
Spatial planning and the challenges posed by low population density areas: brief notes on the Portuguese reality

2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Almudena Valiño Ces

A mediación no proceso contencioso-administrativo. Unha perspectiva comparada entre o dereito portugués e o dereito español 149
Mediation in the contentious-administrative process. A comparative perspective between Portuguese and Spanish law

Víctor José Barbeito Pose e Julián Bustelo Abuín

Os contornos de protección na Lei 5/2016 e no Plan básico autonómico 169
Settings of cultural heritage in 5/2016 Act and the Basic Regional Plan

Juan Francisco Rodríguez Ayuso

Principio de autoría nos trámites ante as administracións públicas: adaptación á nova era dixital 183
Principle of authorship in procedures with public administrations: adapting to the new digital era

Patricia Iglesias Rey

A integridade na contratación pública. O papel do Consello de Contas de Galicia na prevención da corrupción e na xestión de riscos na contratación pública 205
Integrity in public procurement. The role of the Consello de Contas de Galicia in the prevention of corruption and risk management in public procurement

Francisco de Cominges Cáceres

Xurisprudencia contencioso-administrativa 219
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIONES / REVIEWS

Verónica Piñeiro Soliño

Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones 261

Noelia Betetos Agrelo

Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación 265

María Victoria Álvarez Buján

Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación 271

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-dembro 2020 | pp. 5-35
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4687>
© Concepción Barrero Rodríguez
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 26/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

As causas xerais de resolución dos contratos administrativos. En particular, o incumprimento do contratista: unha posta ao día

Las causas generales de resolución de los contratos administrativos. En particular, el incumplimiento del contratista: una puesta al día

General causes of termination of administrative contracts. In particular, contractor breach: an update

60 Regap

Regap



ESTUDIOS

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ

Catedrática de Dereito Administrativo
Universidade de Sevilla
<https://orcid.org/0000-0002-5500-8662>
barrero@us.es

Resumo: Este estudo ten por obxecto o exame das novidades introducidas nas causas xerais de resolución dos contratos administrativos pola Lei de contratos do sector público de 2017, con especial atención á doutrina dos órganos consultivos e á xurisprudencia xa existente co fin de expor en que sentido se puidesen ter aclarado as dúbidas que a norma presenta, pero tamén co de determinar, o que é igualmente importante, que outros problemas suscitados pola regulación legal de 2017 seguen pendentes.

Palabras clave: contrato administrativo, resolución, incumprimento do contratista, garantía, indemnización de danos e perdas.

Resumen: El presente estudio tiene por objeto el examen de las novedades introducidas en las causas generales de resolución de los contratos administrativos por la Ley de contratos del sector público de 2017, con especial atención a la doctrina de los órganos consultivos y a la jurisprudencia ya existente con el fin de exponer en qué sentido hayan podido aclararse las dudas que la norma presenta, pero también

con el de determinar, lo que es igualmente importante, qué otros problemas suscitados por la regulación legal de 2017 siguen pendientes.

Palabras clave: contrato administrativo, resolución, incumplimiento del contratista, garantía, indemnización de daños y perjuicios.

Abstract: The purpose of this study is to examine the novelties introduced in the general causes of termination of administrative contracts by the Public Sector Contracts Law of 2017 with special attention to the doctrine of the advisory bodies and the existing jurisprudence in order to explain in what sense the doubts brought up by the regulation presents have been clarified, but also, in order to determine, which is equally important, which other problems raised by the 2017 legal regulation remain pending.

Key words: administrative contract, termination, contractor breach, warranty, compensation for damages.

SUMARIO: 1 O obxecto de estudo. 2 Consideracións xerais sobre a resolución do contrato administrativo. 3 As causas xerais de resolución dos contratos administrativos. 3.1 A súa determinación e algunhas ideas sobre os diferentes motivos de resolución establecidos no artigo 211.1 da LCSP. 3.2 En particular, o incumprimento do contratista. 3.2.1 Os incumprimentos do contratista determinantes dunha posible resolución do contrato. 3.2.1.1 O incumprimento polo contratista da obriga "principal" e das restantes "obrigas esenciais". 3.2.1.2 A demora no cumprimento dos prazos de execución do contrato. 3.2.1.3 O incumprimento polo contratista das súas obrigas laborais. 3.2.2 Os efectos da resolución. 3.2.2.1 O punto de partida: a confusa regulación do réxime xurídico anterior. 3.2.2.2 As consecuencias da resolución na LCSP: o retorno ás regras da Lei de contratos das administracións públicas de 1995 e a falta de previsión da resolución con orixe no artigo 211.1.i).

1 O obxecto de estudo

En diferentes traballos publicados con ocasión da promulgación da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), examinaba as innovacións introducidas na resolución dos contratos administrativos pola nova disposición e deixaba constancia das dúbidas que suscitaban algunhas das súas regras, así como dos problemas que o réxime anterior formulaba e aos que, non obstante, a norma non daba resposta, xa que, como vén sendo tradicional no noso dereito, á lei dese ano, en consonancia coas directivas comunitarias que incorpora, preocupánpelle máis outras fases da contratación pública, limitándose, no que se refire á extinción do contrato, e en particular á súa resolución, a reproducir, con algunhas excepcións significativas nas que centraba a miña atención, as normas procedentes de disposicións anteriores¹. Neste novo traballo, transcorridos xa case tres anos desde a entrada en vigor da lei, propóño-me valorar a aplicación das súas regras nesta materia, como están sendo interpretadas naqueles extremos en que suscitaba algunha dúbida e que aspectos dese réxime necesitan aínda de aclaración e, mesmo, dunha mellor regulación. Unha tarefa que efectuarei fundamentalmente ao fío da análise dos ditames do Consello de Estado e dos seus homólogos autonómicos, así como dos pronunciamentos xudiciais existentes.

1 BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017", *Documentación Administrativa*, n. 6, 2017, pp. 52-70, e BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, la resolución por incumplimiento del contratista", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 28-29, 2017-2018, pp. 51-80.

Hei de advertir que a miña atención se vai centrar nas causas xerais de resolución dos contratos administrativos, as previstas no artigo 211, prescindindo, por conseguinte, das propias de cada un dos contratos típicos², respecto das que a lei mantén a regulación prevista no Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, do Texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSP), na cal non introduce máis variación que a subordinación do rescate nos contratos de concesión de obras e servizos, a unha “xestión directa pola Administración” sempre e cando esta sexa “máis eficaz e eficiente que a concesional”.

2 Consideracións xerais sobre a resolución do contrato administrativo

Antes de proceder á análise das diferentes causas xerais de resolución dos contratos administrativos, convén recordar o propio concepto da institución que nos ocupa, así como deixar constancia dos principios que enmarcan o seu exercicio no ordenamento vixente.

A LCSP, como xa o facían as disposicións precedentes, limitábase a declarar no seu artigo 209 que “os contratos se extinguirán polo seu cumprimento ou por resolución”. Agora ben, non ofrece, como nunca o fixo a norma administrativa, unha definición, que parece dar por sabida, deste xeito de conclusión do vínculo contractual ante o desenvolvemento da institución no dereito civil, ao que adoita acudir para a concreción do concepto³. Porén, non é preciso que nos internemos na análise da figura nesta rama do ordenamento nin na doutrina desenvolvida ao seu abeiro, para concluír, como sempre o fixeron os órganos consultivos e a xurisprudencia contencioso-administrativa, que a resolución nos sitúa ante “unha extinción anticipada dun contrato perfeccionado”, un “modo anormal de terminación da relación contractual pola concorrencia dalgunha circunstancia na vida do contrato que impide ou fai inconveniente a súa prosecución ata a súa extinción normal”⁴. Esa “circunstancia” determinante da ruptura do contrato pode revestir, se nos atemos ao hoxe disposto no artigo 211 da LCSP, natureza e caracteres moi diferentes. Pode afectar á personalidade do contratista ou ao contido do contrato, de imposible execución nos termos acordados e sen que sexa posible a súa modificación. E pode tamén derivar do propio acordo das partes contratantes ou, o que é moito máis frecuente, do incumprimento do contrato por algunha dela. Hai ademais causas de resolución que supoñen a ruptura obrigada do vínculo contractual “porque a súa mera concorrencia implica unha vulneración do interese público inherente á contratación administrativa”⁵ e causas, é a regra xeral de acordo co disposto

2 As recollidas nos artigos 245, 279, 294, 306 e 313 en relación, respectivamente, cos contratos de obra, concesión de obra pública, concesión de servizos, subministracións e servizos.

3 Como pode comprobarse, por exemplo, no Ditame 79/2019, do 12 de marzo, do Consello Consultivo de Aragón.

4 En termos que a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid do 8 de marzo de 2018 (XUR 2018/136736) toma da definición ofrecida polo Tribunal Supremo en Sentenza do 24 de xuño de 2004. Desde esta base chámase a atención sobre a improcedencia da resolución ante contratos xa extinguidos, como recorda, por exemplo, o Ditame 486/2019, do 21 de novembro, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid, expresivo de outros moitos no mesmo sentido.

5 En expresión do Ditame 278/2019, do 10 de xullo, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha.

no artigo 212.2, que facultan a “parte á cal non sexa imputable a circunstancia que der lugar a esta” a “instar a resolución”. Nada impide, ademais, é de feito unha hipótese relativamente frecuente segundo revela a análise da doutrina dos órganos consultivos, a concorrencia de diversas causas de resolución con efectos diferentes, casos en que será aplicable, como determina o artigo 211.2, que positiviza a regra tradicionalmente defendida polo Consello de Estado e polo Tribunal Supremo⁶, “a que tivese aparecido con prioridade no tempo”. Se, pola contra, os seus efectos son os mesmos, resulta “indiferente a causa de resolución que concorra” ou, mesmo, que “concorran ambas as dúas”⁷. Convén advertir, non obstante, como o fai por exemplo o Ditame 93/2020, do 5 de marzo, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid, sobre a necesidade de non confundir estes supostos de concorrencia de causas de resolución con aqueles outros en que, ante un determinado suposto de feito, se produce unha “concorrencia de incumprimentos da Administración e do contratista”, os “chamados incumprimentos recíprocos”, dos que a LCSP de 2017 segue sen ocuparse na que constitúe unha das lagoas máis importantes do dereito da contratación pública.

Debe tamén terse presente que a resolución do contrato administrativo constitúe, así queda recollido no artigo 190 da LCSP, unha das prerrogativas das que dispón a Administración en defensa do interese público inherente á contratación administrativa⁸, e “cuxo exercicio se atopa regulado desde o punto de vista formal e material”⁹, polo que “é necesario apreciar dun xeito estrito” as causas que a habilitan “no contexto dos feitos acreditados no expediente”¹⁰, e de aí tamén a importancia do procedemento de resolución contractual¹¹, o que sen dúbida contrasta coa concisión da LCSP na súa

6 En tal sentido, Ditame do Consello de Estado 47.892, do 4 de xullo de 1985, ou Sentenza do Tribunal Supremo do 29 de setembro de 1997 (RX 1997/7320), expoñentes dunha doutrina firmemente consolidada. Así se expresaban tamén o resto de órganos consultivos antes de que, como recoñecen en todos os casos, a LCSP convertese en norma esta regra. Por exemplo, Ditames 282/2018, do 11 de xullo do Consello Consultivo de Castela e León; 1/2019, do 25 de xaneiro, do Consello Consultivo da Rioxa; 512/2019, do 28 de novembro, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid; 727/2019, do 27 de decembro, do Consello Xurídico Consultivo da Comunidade Valenciana; 335/2020, do 10 de xuño, do Consello Consultivo de Andalucía; 13/2020, do 11 de marzo, do Consello Consultivo das Illas Baleares; ou 193/2020, do 27 de agosto, do Consello Consultivo do Principado de Asturias.

7 Como manifesta, entre outros, o Ditame do Consello Consultivo de Andalucía 366/2020, do 24 de xuño.

8 Como con frecuencia destacan os diferentes órganos consultivos. Así, e entre outros, Ditames 265/2019, do 20 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid; 68/2020, do 20 de febreiro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha; ou 387/2020, do 8 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía.

E.M*. MENÉNDEZ SEBASTIÁN reflexionou, en termos aos que me remito, sobre a significación e importancia da configuración da resolución do contrato como unha das prerrogativas das que dispón a Administración no ámbito da contratación pública (“Capítulo XLV. La extinción de los contratos. La resolución”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2333-2341).

9 Ditame do Consello Consultivo de Castela-A Mancha 357/2019, do 25 de setembro.

10 En termos tomados, agora, do Ditame 154/2019, do 30 de maio, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña, pero nunha idea en que insisten os pronunciamentos do resto de órganos consultivos, como pode comprobarse, entre outros, nos Ditames 165/2018, do 7 de novembro, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi; 139/2019, do 3 de abril, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha; 82/2019, do 19 de decembro, da Comisión Xurídica de Extremadura; ou 32/2020, do 13 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias.

11 Así o fan, sen excepción, todos os órganos consultivos que, ante a constatación de que non se seguiu correctamente, consideran “necesario devolver o expediente” para que se lle dea cumprida tramitación. En tal sentido poden verse os Ditames 787/2019, do 19 de novembro, e 335/2020, do 10 de xuño, do Consello Consultivo de Andalucía; 56/2019, do 29 de agosto, da Comisión Xurídica de Extremadura; 185/2020, do 23 de xullo, do Consello Consultivo do Principado de Asturias; ou 360/2020, do 29 de xullo, do Consello Xurídico Consultivo da Comunidade Valenciana.

regulación, que se reduce, igual que nas leis precedentes, á previsión no seu artigo 191¹² dun trámite da audiencia ao contratista e o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente das comunidades autónomas “cando se formule oposición” pola súa parte¹³. En espera dun próximo regulamento da LCSP que poida desenvolver este procedemento, debe aplicarse o establecido no artigo 109 do RD 1098/2001, do 12 de outubro, do Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas de 1995, que mantén a súa vixencia, como xa a tivo ao abeiro da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público e do seu texto refundido, no que non se opoña aos mandatos da nova disposición. Un precepto que, para os trámites previstos na lei, engade a audiencia “do avalista ou asegurador se se propón a incautación da garantía”¹⁴. Si determina a Lei de 2017 o prazo máximo en que estes procedementos “deberán ser instruídos e resoltos”, oito meses¹⁵. Unha previsión, sen dúbida, oportuna, pois ante o silencio das súas predecesoras viña aplicándose o supletorio de tres meses previsto na norma común do procedemento administrativo, prazo claramente insuficiente ante a complexidade que, polo xeral, revisten estes procedementos¹⁶. A falta de resolución e notificación en prazo supón, se o procedemento se iniciou por solicitude do contratista, que “poderá considerar desestimada a súa solicitude por silencio administrativo, sen prexuízo da subsistencia da obriga de resolver” de conformidade co disposto na disposición derradeira 2ª.1. De terse incoado de oficio, producirase a súa caducidade, como recoñecen unha consolidada doutrina dos diferentes órganos consultivos, así como a xurisprudencia¹⁷. Igualmente, dispón a lei, faino no artigo 213.6, que “no momento de incoarse o expediente administrativo de resolución do contrato” poderá iniciarse “o procedemento para a adxudicación dun novo contrato”, que “quedarán condicionados ao remate do expediente de resolución”, aplicándose “a tramitación de urxencia aos dous procedementos”, quedando entre tanto o contratista “obrigado, na forma e co alcance que determine o órgano de contratación,

Regap



ESTUDIOS

-
- 12 Para o caso da Administración xeral do Estado e entidades do sector público estatal, a norma exige igualmente o “informe do servizo xurídico correspondente, salvo nos casos previstos nos artigos 109 e 195”.
- 13 Oposición que, como aclaran os órganos consultivos, “existe non só cando este manifesta a súa desconformidade coa resolución do contrato, senón tamén cando, coincidindo ambas as dúas partes na procedencia daquela, a oposición se refire aos presupostos e efectos da resolución pretendida pola Administración” (Ditame 268/2019, do 13 de novembro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias). Cabe, doutra parte, insistir na transcendencia deste ditame cuxa ausencia determina a invalidez da resolución ditada coa “retroacción do procedemento administrativo de resolución contractual tramitado” ao momento oportuno “para que se solicite o informe preceptivo e se dite outra resolución tendo en conta as alegacións do interesado e este informe” (Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 25 de setembro de 2019, XUR 2019/286944).
- 14 O GRUPO DE CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO referiuse aos problemas xerados polo “déficit regulatorio que presenta en vía regulamentaria” este procedemento (“El procedimiento de resolución contractual: Plazo, suspensión y caducidad”, *Revista de Estudios Locales*, n. 223, 2019, pp. 74-76).
- 15 Artigo 212.8. Un prazo que, como establece o artigo 21.3 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas, deberá computarse desde «a data do acordo de iniciación» no caso de incoarse o procedemento de oficio, ou desde que a solicitude «tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para a súa tramitación» nos supostos en que sexa o contratista o que, coa súa petición, dá lugar á apertura do procedemento.
- 16 Como sempre manifestou, en termos que comparten outros órganos consultivos, o Consello de Estado (Ditames, entre outros, 690/2015, do 27 de xullo, ou 750/2016, do 10 de novembro).
- 17 En tal sentido, Ditame do Consello de Estado 363/2017, do 29 de xuño, ou Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid do 30 de maio de 2019 (XUR 2019/214120).

a adoptar as medidas necesarias por razóns de seguridade, ou indispensables para evitar un grave trastorno ao servizo público ou a ruína do construído ou fabricado”¹⁸.

No obstante, non é a análise do alcance e as características xerais da resolución dos contratos administrativos ou a das cuestións relativas ao procedemento para o seu exercicio o que me interesa neste estudo, no cal, como anticipaba ao comezo, pretendo indagar nas causas de resolución contractual previstas no artigo 211 da LCSP, con especial atención á súa interpretación polos órganos consultivos e os tribunais, co fin de expor en que sentido puidesen aclararse as súas dúbidas, pero tamén co de determinar, o cal é igualmente importante, que outros problemas suscitados pola regulación legal de 2017 seguen pendentes.

3 As causas xerais de resolución dos contratos administrativos

3.1 A súa determinación e algunhas ideas sobre os diferentes motivos de resolución establecidos no artigo 211.1 da LCSP

O artigo 211 da LCSP recolle as seguintes causas de resolución do contrato administrativo:

“a) A morte ou incapacidade sobrevida do contratista individual ou a extinción da personalidade xurídica da sociedade contratista, sen prexuízo do previsto no artigo 98 relativo á sucesión do contratista.

b) A declaración de concurso ou a declaración de insolvencia en calquera outro procedemento.

c) O mutuo acordo entre a Administración e o contratista.

d) A demora no cumprimento dos prazos por parte do contratista.

En todo caso, o atraso inxustificable sobre o plan de traballos establecido no prego ou no contrato, en calquera actividade, por un prazo superior a un terzo do prazo de duración inicial do contrato, incluídas as posibles prórrogas.

e) A demora no pagamento por parte da Administración por prazo superior ao establecido no apartado 6 do artigo 198 ou o inferior que se tivese fixado ao abeiro do seu apartado 8.

f) O incumprimento da obriga principal do contrato.

Serán así mesmo causas de resolución do contrato o incumprimento das restantes obrigas esenciais sempre que estas últimas fosen cualificadas como tales nos pregos ou no correspondente documento descritivo, cando concorran os dous requisitos seguintes:

18 Non obstante, se non pode asegurar tales medidas, “a Administración poderá intervir garantindo a realización das ditas medidas ben cos seus propios medios, ben a través dun contrato cun terceiro”. Engade a norma que a súa retribución, á falta de acordo, será fixada polo “órgano de contratación, unha vez concluídos os traballos e tomando como referencia os prezos que serviron de base para a celebración do contrato”, e que o contratista “podará impugnar esta decisión ante o órgano de contratación, que deberá resolver o que proceda no prazo de quince días hábiles”.

1º. Que estas respecten os límites que o apartado 1 do artigo 34 establece para a liberdade de pactos.

2º. Que figuren enumeradas de xeito preciso, claro e inequívoco nos pregos ou no documento descritivo, non sendo admisibles cláusulas de tipo xeral.

g) A imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados, cando non sexa posible modificar o contrato conforme os artigos 204 e 205; ou cando, dándose as circunstancias establecidas no artigo 205, as modificacións impliquen, illada ou conxuntamente, alteracións do prezo deste, en contía superior, en máis ou en menos, ao 20 por cento do prezo inicial do contrato, con exclusión do imposto sobre o valor engadido.

h) As que se sinalen especificamente para cada categoría de contrato nesta lei.

i) A falta de pagamento, durante a execución do contrato, dos salarios por parte do contratista aos traballadores que estivesen a participar nela, ou o incumprimento das condicións establecidas nos convenios colectivos en vigor para estes traballadores tamén durante a execución do contrato”.

Estamos, como é notorio, ante causas de significado e alcance moi distinto, ao que pode engadirse a súa moi diferente incidencia práctica. O estudo da doutrina dos órganos consultivos permite, en efecto, comprobar como, en moi raras ocasións, se formula unha resolución do contrato fundada nesas causas que afectan á personalidade ou capacidade do contratista¹⁹ e mesmo á súa solvencia. A favorable situación económica existente nos primeiros anos de vixencia da Lei 9/2017, abruptamente rota pola Covid-19, contribúe sen dúbida a explicar, xunto á frecuencia con que as situacións de insolvencia van precedidas dun incumprimento do prazo de execución que se converte na razón determinante da ruptura do contrato, a escaseza de ditames que informan propostas de resolución con orixe na situación concursal da contratista, o que sen dúbida cabe lamentar, pois impídenos coñecer a interpretación dos órganos consultivos, e tamén dos tribunais, sobre algúns extremos da regulación desta causa concreta de resolución –que, recordemos, deixou de ser, en determinados supostos, causa de ruptura obrigada do contrato²⁰– precisados de aclaración e que afectan a materias tan importantes como o destino da garantía, asunto resolto polo TRLCSP

Regap



ESTUDIOS

19 Neste grupo encádranse as causas previstas no artigo 211.1.a): “a morte ou incapacidade sobrevida do contratista individual ou a extinción da personalidade xurídica da sociedade contratista” nos casos en que non vaia acompañada dunha nova persoa xurídica que a substitúa ou, a que a suceda, non reúna as condicións de solvencia necesarias. Un dos escasos exemplos de resolución contractual por este motivo que se atopan na doutrina dos órganos consultivos é o que nos brinda o Ditame 412/2019, do 17 de setembro, do Consello Consultivo de Castela e León, nun suposto en que “a empresa contratista deixou de ter –pola súa propia vontade– a condición de axencia de viaxes e, polo tanto, carece de capacidade para executar a obriga principal do contrato que se lle adxudicou”. O ditame abunda ademais nas condicións que deben concorrer para que resulte posible a sucesión de empresas que prevé o artigo 98 da propia LCSP. Ás diversas incidencias que, nestes supostos, poden producirse referiuse, desde o ámbito doutrinal, A. CEA AYALA (“La resolución de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, *Gabiley, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 14, 2018, pp. 18-19).

20 En efecto, a Lei de 2017 modifica a regra recollida no artigo 224.2 do TRLCSP de 2011, que establecía que a apertura da fase de liquidación do concurso daba “sempre lugar á resolución” do contrato, deixando, pola contra, en mans da Administración pública contratante a posibilidade de elixir, como establece o seu artigo 212.5, entre a disolución do contrato ou o seu mantemento se “razóns de interese público así o aconsellan” e “sempre e cando o contratista prestase as garantías adicionais suficientes para a súa execución”.

anterior nunha previsión que a disposición vixente elimina²¹, ou o posible deber do contratista, cuestión, pola contra, sobre a que a disposición de 2011 tamén gardaba silencio, de indemnizar a Administración polos danos e perdas que a extinción anticipada do contrato lle poida ocasionar, o que cabe esperar que pronto clarifiquen os órganos consultivos e os tribunais, ao non telo feito, como sería desexable, o lexislador²².

Tamén resulta estraño, doutra parte, atopar ditames que acepten unha resolución por mutuo acordo, xa que, aínda que solicitada con relativa frecuencia polos contratistas, a norma, hoxe recoñecida no artigo 212.4 da LCSP, que circunscribe este xeito de extinción do contrato aos supostos en que “non concorra outra causa de resolución” que lle sexa imputable, reduce extraordinariamente o seu ámbito de aplicación²³. E igualmente, e malia as importantes innovacións introducidas a partir da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, na modificación dos contratos administrativos e na resolución ligada a esta, son moi poucos os ditames que se pronuncian sobre ela, o que fai pensar que estamos ante un motivo pouco habitual de ruptura anticipada do contrato. Nunha regulación con orixe nesa disposición e sobre a base da distinción de que parte a norma entre modificacións previstas nos pregos do contrato e modificacións aplicables *ex lege*²⁴, reguladas nos artigos 204 e 205, respectivamente, o artigo 212.2, en conexión co disposto no 211.1.g), prevé a resolución obrigada do contrato ante a necesidade de variacións que non poidan efectuarse –supostos en que “debe

-
- 21 Así é. Na LCSP desapareceu a previsión do texto refundido anterior que determinaba que “só se acordará a perda da garantía en caso de resolución do contrato por concurso do contratista cando o concurso fose cualificado como culpable”. Ante a falta de previsión ao respecto e en espera da interpretación que poidan ofrecernos os órganos consultivos e a xurisprudencia contencioso-administrativa, cumprirá observar o propio pronunciamento que a Administración, obrigada a iso polo artigo 213.5, faga sobre “a procedencia ou non da perda, devolución ou cancelación da garantía” no acordo de resolución, que deberá respectar a regra hoxe establecida polo artigo 111.1, que condiciona a súa devolución ao feito de que a resolución se producise “sen culpa do contratista”. A aplicación deste precepto podería levar ao mantemento desa mesma solución, de entenderse que a cualificación culpable do concurso lle confire esa mesma natureza á resolución que dela trae causa, algo que, porén, como estudei nun traballo anterior, non pode ser aceptado pacificamente (BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la Ley de contratos del sector público de 2017. En particular, la resolución por incumplimiento del contratista”, cit., pp. 56-57). O único ditame atopado que emite informe favorable sobre unha resolución por concurso conforme o réxime establecido na LCSP de 2017, o Ditame 278/2019, do 10 de xullo, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha, prescinde de calquera consideración sobre a súa cualificación co fin de avalar a proposta de resolución que, como único efecto derivado da ruptura do contrato, “propugna, a retención da garantía constituída co fin de que poida vincularse a ela a cobertura das débedas salariais existentes”; solución que “se incardina no marco previsto no artigo 130.6 da LCSP”. Non existen, doutra parte, sentenzas que apliquen o réxime previsto na Lei 9/2017.
- 22 O citado Ditame 278/2019, do 10 de xullo, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha, afirma expresamente que “non se consideraron na proposta os eventuais efectos que se plasmaron no acordo incoatorio do procedemento, relativos á existencia de danos e perdas e declaración de prohibición de contratar para a empresa afectada, polo que non cabe emitir un pronunciamento sobre estes”.
- 23 Trátase ademais dunha circunstancia exixida sempre con todo rigor polos diferentes órganos consultivos en supostos en que tamén concorre a outra condición imposta pola norma: a existencia de “razóns de interese público (que) fagan innecesaria ou inconveniente a permanencia do contrato”. Así pode comprobarse, entre outros, nos Ditames 47/2019, do 19 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias; 578/2019, do 10 de outubro, do Consello Xurídico Consultivo de Valencia; 82/2019, do 19 de decembro, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi; ou 386/2020, do 8 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía. No caso de resolución por este motivo, “os dereitos das partes acomodaranse ao validamente estipulado por elas”, como hoxe dispón o artigo 213.1 da LCSP, debendo procederse á devolución da fianza.
- 24 En efecto, o artigo 203.2 da LCSP determina que os contratos só poderán modificarse “cando así se establecese no prego de cláusulas administrativas particulares” nos termos fixados no 204, ou, “excepcionalmente, cando sexa necesario realizar unha modificación que non estea prevista no prego (...) sempre e cando se cumpran as condicións que establece o artigo 205”. Fóra destes supostos, “se fose necesario que un contrato en vigor se executase en forma distinta á pactada, deberá procederse á súa resolución e á celebración doutro baixo as condicións pertinentes (...)”. O artigo 211.1.g) incorpora á súa listaxe de causas xerais de resolución a derivada da “imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados cando non sexa posible modificar o contrato conforme os artigos 204 e 205”.

entenderse que priman as razóns de interese público implicadas nos principios da licitación fronte ás que poidan requirir a modificación do contrato a executar polo mesmo contratista”²⁵—, así como, doutra parte, “unha resolución potestativa tanto para a Administración como para o contratista” cando, sendo esta posible, implique, “illada ou conxuntamente, unha alteración na súa contía que exceda o 20 por cento do prezo inicial do contrato, IVE excluído”. Os efectos da resolución por este motivo quedan determinados no artigo 213.4. O contratista terá dereito “a unha indemnización do 3 por cento do importe da prestación deixada de realizar”, tanto nas hipóteses en que a resolución se impón ante a imposibilidade de executar a prestación sen unha alteración do contrato que legalmente non pode efectuarse como naqueloutras de natureza potestativa ao exceder a contía da modificación do límite previsto na norma, dereito que, non obstante, se exclúe cando “a causa sexa imputable ao contratista” no primeiro dos supostos; e, no segundo, cando “rexeite a modificación contractual proposta pola Administración ao abeiro do artigo 205”²⁶. Nada establece a LCSP sobre o destino da garantía nestes supostos de resolución contractual. Aínda que ata o momento non atopamos ningún pronunciamento que, na súa aplicación, se pronuncie sobre o particular²⁷, non se aprecian inconvenientes, ante a coincidencia do réxime vixente co derogado, para a continuidade da interpretación, efectuada ao abeiro do TRLCSP anterior, favorable á súa devolución se, como con carácter xeral ocorre, nos atopamos ante “unha causa de resolución allea ao incumprimento da empresa contratista”²⁸.

En realidade, a causa que cunha maior frecuencia determina a decisión administrativa de romper unilateralmente o contrato é a fundada no incumprimento polo contratista das súas obrigas, o que lles permitiu aos órganos consultivos e aos tribunais afondar na análise e interpretación da regulación que ofrece a Lei de 2017, de aí que centre a miña atención nela, o que nos permitirá comprobar como algunhas das dúbidas inicialmente formuladas polas súas normas poden considerarse resoltas, pero tamén constatar que existen outras aínda por aclarar.

25 Insiste HORGUÉ BAENA en que “non se fai cuestión no dato de que o obxecto do contrato deba modificarse, se é necesario para atender o interese público que se pretende, senón que se faga en detrimento das regras de publicidade, igualdade de trato e transparencia. Se a remodelación do obxecto do contrato non encaixa nos supostos que limitan as marxes da legalidade da modificación, deberá resolverse e licitar un novo, cuxo obxecto dea resposta á finalidade pública que con este se persegue” (HORGUÉ BAENA, C., “Capítulo XLIII. Modificación de los contratos”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 2258).

26 Trátase, a xuízo de HORGUÉ BAENA, dunha “solución ponderada, ao meu xuízo, non só porque se dá o mesmo tratamento con independencia de cal sexa a causa que levou á extinción do contrato, senón tamén porque se iguala o contratista da Administración co doutro poder adjudicador cando a causa de resolución é a imposibilidade legal da modificación contractual” (“Capítulo XLIII. Modificación de los contratos”, cit., p. 2260). Sobre os efectos da resolución por este motivo, poden verse tamén as consideracións de CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP”, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 128-129.

27 Os poucos ditames que axuizan resolucións de contratos ligadas á súa modificación —como son os casos dos Ditames 383/2019, do 30 de maio, do Consello de Estado, ou 366/2020, do 24 de xuño, do Consello Consultivo de Andalucía— non realizan ningún pronunciamento ao respecto.

28 En tal sentido, Ditames 195/2015, do 9 de abril, e 992/2018, do 24 de xaneiro de 2019 do Consello de Estado, ou Sentenza do 29 de abril de 2019 do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias (RXCA 2019/363).

3.2 En particular, o incumprimento do contratista

O incumprimento do contratista constitúe, como dicimos, a causa á cal con maior frecuencia se une a resolución do contrato administrativo e a que tradicionalmente, ademais, suscitou maiores problemas interpretativos nunha regulación que tanto na fixación dos presupostos de feito que a lexitiman como na determinación das consecuencias que lle son propias foi variando en todas as normas sobre contratación pública, incluída a Lei de 2017, que se foron sucedendo desde o século XIX. Dúas son pois as cuestións que resulta obrigado analizar. Dunha parte, os incumprimentos do contratista cun posible efecto resolutorio do contrato; doutra, os efectos da ruptura do contrato por este motivo.

3.2.1 Os incumprimentos do contratista determinantes dunha posible resolución do contrato

No artigo 211.1 da LCSP aparecen tres causas de resolución do contrato, dúas delas tradicionais no noso ordenamento e outra novidosa nas normas sobre contratación pública, con orixe no incumprimento polo contratista das súas obrigas, as recollidas, respectivamente, nas súas letras d), f) e i); isto é, a demora nos prazos de execución, o incumprimento da obriga principal do contrato ou das súas obrigas esenciais concorendo certas condicións e a infracción das obrigas establecidas nos convenios colectivos en vigor. Comezaremos a nosa análise co exame do incumprimento da obriga “principal” e obrigas “esenciais” do contrato, no que sen dúbida debe integrarse o especificamente referido ao prazo contractual, para rematar con ese novo motivo de extinción vinculado non xa ás obrigas xurdidas do propio contrato, senón ás derivadas da normativa laboral.

3.2.1.1 O incumprimento polo contratista da obriga “principal” e das restantes “obrigas esenciais”

A norma recollida no vixente artigo 211.1.f), que sanciona coa posible resolución do contrato o incumprimento polo contratista da “obriga principal do contrato” ou das “restantes obrigas esenciais”, constitúe o elo último dunha evolución que convén recordar brevemente, xa que eses antecedentes históricos resultan fundamentais para a propia comprensión e interpretación das regras dispostas neste precepto. Omitindo antecedentes máis antigos, cabe destacar que foi a Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas, a que, fronte ás fórmulas máis amplas de disposicións anteriores²⁹, introduciu no seu artigo 112.g) o carácter “esencial” da obriga cuxa infracción polo contratista faculta a Administración para resolver o contrato, convertendo así en norma a interpretación do Consello de Estado e a xurisprudencia contencioso-administrativa que, baixo a confesada influencia do disposto pola Sala

29 Así, o artigo 65 do Regulamento de contratación das corporacións locais de 1953, que se refería ao incumprimento polo contratista das “obrigas que lles incumban”, ou o 52.1 da Lei de contratos de 1965, que vinculaba a posible resolución ao “incumprimento das cláusulas contidas nel”.

1ª. do Tribunal Supremo, xa circunscribiran, vixentes tales disposicións, a potestade administrativa resolutoria do contrato aos incumprimentos “graves e de natureza substancial”, aos relativos ás súas “cláusulas esenciais”, non aos daquelas “accesorias e complementarias”³⁰. O artigo 206.g) da Lei de contratos do sector público de 2007, 223.f) do seu texto refundido, manterá esta exigencia, aínda que dá un paso máis respecto da disposición precedente ao establecer que esas “obrigas esenciais” deben estar “cualificadas, como tales, nos pregos ou no contrato”. Un requisito co que se puña “fin ao problema interpretativo de determinar o que debía entenderse por deber esencial”³¹, pero que suscitaba, non obstante, unha interrogante importante, a de se a Administración contaba ou non coa posibilidade de romper un contrato ante a infracción polo contratista de obrigas que, podendo considerarse esenciais de acordo co réxime propio do contrato, non viñan, porén, tipificadas como tales nos seus pregos³². Unha dúbida finalmente resolta en favor desta posibilidade, pois, como manterá o Consello de Estado nunha interpretación compartida pola xeneralidade dos órganos consultivos autonómicos, “a vontade evidente do lexislador é incentivar o celo dos redactores dos documentos de contratación e moderar o emprego da potestade de resolución, pero non impedila en casos de incumprimentos groseiros e flagrantes ou que demostren unha vontade do contratista rebelde ao cumprimento”³³.

A LCSP vixente volve modificar o presuposto de feito desta causa de resolución precedente agora, como establece o seu artigo 211.1.f), cando o contratista, norma inexistente no TRLCSP de 2011, incumpra “a obriga principal do contrato”, ou, previsión que si herda desta disposición, calquera “das restantes obrigas esenciais sempre que (...) tivesen sido cualificadas como tales nos pregos ou no correspondente documento técnico descritivo”, aínda que engade dous requisitos inexistentes nese texto refundido: que a determinación das obrigas desta natureza respecte “os límites que o apartado 1 do artigo 34 establece para a liberdade de pactos”, isto é, non sexa contraria “ao interese público, ao ordenamento xurídico e aos principios de boa administración”; e “figuren enumeradas de xeito preciso, claro e inequívoco”, non sendo “admisibles cláusulas de tipo xeral”. O precepto recolle, en realidade, dúas causas de resolución

30 Neste sentido, e entre outras moitas, poden verse as Sentenzas do Tribunal Supremo do 2 de abril de 1992 (RX 1992/2994), 17 de maio de 1997 (RX 1997/3932) ou do 15 de xullo de 1998 (RX 1988/5903), ou o Ditame do Consello de Estado do 9 de xuño de 1988 (expediente número 52006).

31 En termos, por exemplo, do Ditame do Consello Consultivo de Galicia 230/2016, do 14 de setembro.

32 D. RUÍZ DAIMIEL expresárase en termos críticos a esta previsión advertindo, ademais, que a nova LCSP, en elaboración cando reflexionaba sobre o particular, “non solucionará os problemas formulados pola actual, senón que os agravará” (“La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. Una crítica a la actual regulación formalista”, *Observatorio de Contratación Pública, Sección Opinión*, outubro de 2016).

33 Ditame 47/2016, do 23 de decembro, expresivo doutros no mesmo sentido. Esta interpretación favorable, en termos do Ditame 300/2019, do 10 de outubro, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña, á prevalencia “da nota da esencialidade da obriga sobre o aspecto formal” será, en efecto, compartida, desde os seus primeiros pronunciamentos na materia, polos órganos consultivos de Andalucía (Ditame 926/2018, do 13 de decembro), Castela-A Mancha (Ditames 95/2018, do 15 de marzo, ou 279/2018, do 27 de xullo), a Rexión de Murcia (Ditame 217/2015, do 28 de xullo), A Rioxa (Ditames 20/2016, do 20 de xuño, ou 47/2016, do 23 de decembro), Canarias (Ditame 401/2018, do 4 de outubro), Castela e León (Ditames 282/2018, do 11 de xullo, 474/2018, do 15 de novembro, e 490/2018, do 28 de novembro) ou Madrid (Ditames 153/2018, do 27 de marzo, e 287/2018, do 21 de xuño). Outros Consellos Consultivos, como os de Aragón e Principado de Asturias, acabarán adheríndose a ela (Ditames, respectivamente, 142/2017, do 12 de xuño, e 43/2015, do 5 de marzo), aínda que inicialmente mantivesen unha posición contraria, como pode comprobarse nos Ditames 82/2012, do 29 de maio, do Consello Consultivo de Aragón, e 40/2014, do 3 de marzo, do asturiano.

contractual diferentes, aínda que, como se dixo, “estritamente imbricadas”³⁴, como teremos ocasión de comprobar. Analicemos brevemente unha e outra.

– *A obriga principal do contrato coincide coa prestación que constitúe o seu obxecto*

Cumprido o terceiro aniversario da promulgación da LCSP, pode considerarse plenamente consolidada a interpretación que sobre este específico motivo de ruptura contractual ofrecía o Consello de Estado no seu Ditame 1116/2015, do 10 de marzo de 2016, ao anteproxecto de lei, no cal identificaba esa obriga coa propia prestación obxecto, en cada caso, do contrato. Unha previsión, engadía o alto órgano consultivo, que, de aprobarse, como aconteceu, acabaría “coa dificultade interpretativa” que formulaba a Lei de 2007 e o seu texto refundido, na súa aplicación a aqueles contratos en que os pregos cualificaban “de esenciais varias das obrigas accesorias imputables ao contratista” pero omitían esa “cualificación no que atinxe ao obxecto mesmo do contrato (a realización da obra, a entrega da subministración ou a prestación do servizo) por ser evidente”³⁵. En realidade, a lei vén, neste punto, positivizar a interpretación do Consello de Estado, seguida polos órganos consultivos autonómicos³⁶, que, baixo a vixencia do réxime derogado, mantiñan que a falta de execución do contrato “pode incardinarse no ámbito do artigo 223.f)” do TRLCSP, “en canto incumprimento dunha obriga esencial, mesmo aínda cando non estivese así cualificada expresamente no prego”³⁷.

Desta forma, e desde unha análise sempre atenta ás circunstancias de cada suposto, vén considerándose que procede a resolución do contrato, ao ter incumplido o contratista coa súa “obriga principal”, nos supostos en que non executa as obras que constitúen o seu obxecto³⁸ ou as realiza en termos distintos daqueles aos cales se

34 Ditame 239/2020, do 10 de outubro, do Principado de Asturias.

35 Interpretación en que coincidirán tamén os primeiros comentaristas da lei. Así o fan J.M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO (*El nuevo régimen de la contratación pública*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1193-1194) ou R. GUERRERO ANKERSMIT (“Comentario al artículo 211”, Recuerda Girela, M.A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1245-1246). Sobre a obriga, cun carácter máis xeral, do contratista de cumprir coa prestación obxecto do contrato, remítome ás consideracións de J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE (“Capítulo XLI. Prerrogativas, derechos y obligaciones”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2128-2132).

36 En efecto, os órganos consultivos autonómicos non dubidaran á hora de cualificar como “esencial a obriga central, nuclear do contrato” (Ditame da Comisión Xurídica Asesora de Madrid 153/18, do 27 de marzo), aquela que tende á “determinación e concreción” do seu obxecto “de forma que o seu incumprimento determinaría que non se alcance o fin perseguido polo contrato” (Ditames do Consello Consultivo de Canarias 374/2019, do 17 de outubro, e 457/2019, do 5 de decembro). No mesmo sentido, e entre outros moitos, poden verse os Ditames 474/2018, do 15 de novembro, do Consello Consultivo de Castela e León; ou 926/2018, do 13 de decembro, do Consello Consultivo de Andalucía.

37 Ditame 325/2015, do 29 de abril, que cita o anterior 602/2013, do 26 de xuño, en que o Consello de Estado xa se expresara en tales termos.

38 Numerosos ditames de diferentes órganos consultivos conclúen, en efecto, que o contratista incorre nun incumprimento da súa “obriga principal” causante dunha ruptura do contrato, en supostos nos cales “non executa as obras obxecto deste” (Ditame do Consello Consultivo de Canarias 443/2019, do 28 de novembro), renuncia a elas (Ditames do Consello Consultivo de Andalucía 47/2019, do 17 de xaneiro, 164/2019, do 20 de febreiro, ou 203/2020, do 25 de marzo; ou Ditame 102/2019, do 5 de abril, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña), parálizaa de xeito indefinido (Ditame 53/2019, do 6 de febreiro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha) ou, tras levantar a Administración a suspensión legalmente acordada, non as reinicia a pesar de ser emprazado para iso “en reiteradas ocasións” (Ditame 21/2020, do 29 de xaneiro, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi). En definitiva, en supostos en que “o seu abandono resulta, pois, patente” (Ditames do Consello Consultivo de Andalucía 639/2019, de 3 de outubro, ou 35/2020, do 23 de xaneiro), a empresa “rexeita continuar coa execución do contrato nos termos pactados nos pregos” (Ditame do Consello Consultivo de Canarias 468/2019, do 19 de decembro).

comprometera³⁹; en contratos de servizos, cando non dá cumprimento á prestación básica á que este serve⁴⁰; ou, en contratos de subministracións, non entrega en prazo os bens a que se comprometera⁴¹, ou estes non reúnen as condicións ou características estipuladas no contrato⁴². En definitiva, e en termos tomados do Ditame 24/2020, do 6 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias, na “nova causa legal de resolución” incardínanse “aqueles incumprimentos que materialmente frustran a consecución do obxecto do contrato”, co que xa non hai que acudir, como acontecía ao abeiro da normativa anterior, a “interpretacións, máis ou menos forzadas ou extensivas, doutras causas resolutorias” co obxecto de “superar as dificultades que formulaban os casos en que, tendo abandonado o contratista a execución do contrato, non se adoptase a precaución de recoller tal circunstancia entre as obrigas contractuais esenciais, por máis que materialmente for a de maior relevancia”.

– O incumprimento das “restantes obrigas esenciais”

O artigo 211.1.f) da LCSP non só faculta a Administración para a resolución do contrato ante o incumprimento polo contratista da súa “obriga principal”, senón que estende tamén esta posibilidade aos supostos en que ese incumprimento recae, concorrendo certos requisitos, sobre as “restantes obrigas esenciais” do contrato. Varias ideas deben destacarse na análise e interpretación desta segunda cláusula de ruptura contractual recollida neste precepto.

Ante todo, cómpre reparar en que o expreso recoñecemento do incumprimento da “obriga principal” como motivo propio de disolución do contrato exclúe deste outro suposto resolutorio aqueles incumprimentos que supoñen a non-execución do contrato, os máis claros expoñentes precisamente da violación de obrigas “esenciais” baixo a vixencia das leis de 1995 e 2007⁴³. Unha correcta interpretación da previsión

39 Por exemplo, realiza “de xeito incorrecto” as actuacións de mantemento das instalacións obxecto do contrato (Ditame 100/2020, do 17 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi) ou non utiliza na execución da obra o material a que se comprometera (Ditame 186/2020, do 23 de xullo, do Consello Consultivo do Principado de Asturias).

40 Así, e nun contrato de “servizos educativos e formativos”, non atende “a oferta educativa básica prevista na cláusula quinta do PPT, así como o prazo de finalización da actividade do curso” (Ditame 492/2019, do 4 de decembro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha); no que ten por obxecto o “servizo de mantemento e socorrismo da piscina municipal”, non observa “as obrigas que garantan as medidas hixiénico-sanitarias para o uso da piscina en condicións axeitadas e de seguridade para os usuarios” (Ditame 833/2018, do 27 de decembro, Consello Xurídico Consultivo da Comunidade Valenciana); ou, no celebrado para a defensa xurídica dun Concello, non presenta “temporariamente o recurso de duplicación encargado (...) ao ter fixado erroneamente o *dies a quo* do cómputo do prazo de presentación do recurso coa conseguinte perda de oportunidade procesual para a casa do concello” (Ditame 386/2019, do 28 de setembro, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña).

41 Supostos dos que se atopan exemplos, entre outros, no Ditame do Consello de Estado 1089/2019, do 19 de marzo de 2020; ou nos Ditames 168/2019, do 13 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña; 603/2019, do 30 de outubro, ou 652/2019, do 20 de novembro, do Consello Xurídico Consultivo da Comunidade Valenciana; 150/2019, do 11 de decembro, do Consello Consultivo das Illas Baleares; ou 324/2019, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Andalucía.

42 Neste sentido, poden verse os supostos analizados polos Ditames, expoñentes doutros no mesmo sentido, 185/2020, do 23 de xullo, do Consello Consultivo do Principado de Asturias; 125/2019, do 13 de febreiro, ou 551/2019, do 18 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía; 162/2020, do 11 de xuño, do Consello Consultivo de Castela e León; ou 54/2019, do 21 de marzo, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi.

43 Son moitos os ditames que nos ilustran, en efecto, sobre como a interrupción ou o abandono das obras, a suspensión da actividade sen causa que a xustifique en contratos de servizo público, ou a falta de entrega en prazo dos bens comprometidos ou a súa subministración en condicións defectuosas, en contratos desta natureza, se consideran, tanto en aplicación da Lei de 1995, como na de 2007, incumprimentos de obrigas “esenciais” que facultan a Administración para romper o contrato (Ditames, entre outros moitos, 3113/2002, do 30 de xaneiro, 742/2004, do 29 de abril, 1259/2007, do 30 de

que agora examinamos debe levarnos, pois, á conclusión de que o seu ámbito de aplicación queda circunscrito ao incumprimento de obrigas que, sen impedir que se realice a prestación obxecto do contrato, merecen ese cualificativo de “esencial” de acordo co réxime que o vincula.

Doutra parte, debe destacarse que, aínda que a nota de “esencial” que caracteriza estas obrigas nos leva, na súa clara condición de concepto xurídico indeterminado, ao terreo da necesaria valoración de cales delas son ou non merecedoras, en cada contrato, de tal condición, esa tarefa de concreción non quedou, non obstante, en mans do intérprete e aplicador do dereito, dado que o propio artigo 211.1.f) impón aos pregos do contrato a súa fixación “de xeito preciso, claro e inequívoco”, non “sendo admisibles cláusulas de tipo xeral” nas cales puidesen integrarse incumprimentos inicialmente non previstos⁴⁴. Esa enumeración ademais debe respectar, como indica tamén o precepto, “os límites que o apartado 1 do artigo 34 establece para a liberdade de pactos”; isto é, que “non sexan contrarios ao interese público, ao ordenamento xurídico e aos principios de boa administración”. Desta forma, e como expresa o Ditame 47/2019, do 19 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias, “o lexislador reforzou as exixencias impostas aos redactores da documentación preparatoria do contrato, sobre os que pesa a carga de anticipar de xeito “claro, preciso e inequívoco” os incumprimentos “que por afectar a obrigas esenciais poderán dar lugar á extinción do contrato”, previsión, ademais, que “deberá efectuarse con dilixencia e rigor máximos”. E é que, como sinala a propia Xunta Consultiva de Contratación con apoio na doutrina do Consello de Estado, “unha obriga non devén esencial por ser cualificada como tal no prego e no contrato, senón que esta debe o ser *ab initio*, isto é, debe estar vinculada ao obxecto do contrato e elementos dun contrato en particular, de maneira que constitúa un aspecto esencial no contexto da relación xurídica establecida entre as partes contratantes”⁴⁵. Ante a necesidade dunha correcta determinación destas “obrigas esenciais”, que, de concorreren, “serían apreciables de forma automática”⁴⁶, non debe tampouco pasar desapercibido, como apuntou o Consello de Estado no seu ditame ao anteproxecto de lei, que a listaxe de causas de resolución da LCSP non conclúe xa, a diferenza das disposicións ás cales sucede, “cunha remisión ás que se establezan expresamente no propio contrato”, polo que “para que este efecto extintivo poida modularse en función das características propias de cada contrato a única opción remanente será a identificación no prego das ditas obrigas esenciais, o que se deberá ter en conta ao confeccionarse este”⁴⁷.

setembro, e 1979/2009, do 22 de decembro, do Consello de Estado; ou Ditames 279/2018, do 27 de xullo, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha, 20/2016, do 20 de xuño, do Consello Consultivo da Rioxa, ou 401/2018, do 4 de outubro, do órgano consultivo canario. Uns incumprimentos reconducidos hoxe, como vimos, ao da “obriga principal do contrato”.

44 En cuxa importancia insistiron xa, por exemplo, os Ditames 165/2018, do 7 de novembro, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi, ou 47/2019, do 19 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias.

45 Informe 63/11, do 17 de xullo de 2012.

46 Como mantivo a Sentenza do 10 de xuño de 2020 (XUR 2020/202714), da Audiencia Nacional, na súa interpretación do artigo 223.f) do TRLCSP.

47 Outros órganos consultivos pronúncianse, xa promulgada a lei, nos mesmos termos. Por exemplo, o de Andalucía nos seus Ditames 516/2019, de 11 de xullo, ou 296/2020, do 28 de maio.

Finalmente, e aínda que a LCSP vixente conteña unha determinación moito máis precisa desta causa de resolución que a existente en normas anteriores, entre outras razóns ao outorgar cobertura explícita aos incumprimentos que sen estaren previstos nos pregos afecten á obriga principal do contrato, non cabe excluír que se poida seguir formulando, é verdade que con menor intensidade que antes, a posible ruptura do contrato con base no incumprimento de obrigas que poidan considerarse esenciais de acordo co seu propio réxime pero que non quedaron recollidas como tales nese documento⁴⁸. Unha posibilidade, como dixemos, claramente recoñecida baixo a vixencia da norma anterior nunha interpretación que primaba a natureza da obriga fronte ao elemento puramente formal da súa cualificación, e que haberá que permanecer atentos para ver se se perpetúa ou non na aplicación da disposición de 2017. Ata a data, non atopamos ningún ditame que se formule e pronuncie abertamente sobre a cuestión, aínda que é certo que existe algún que quizais apunte en sentido contrario a esta posibilidade⁴⁹.

A análise dos ditames dos órganos consultivos que emiten informe favorable sobre propostas de resolución fundadas no artigo 211.1.f) da LCSP evidencia o carácter residual adquirido por unha ruptura contractual fundada no incumprimento desas “restantes obrigas esenciais”, fronte ao máis común, representado polo daqueloutros que “materialmente impiden a consecución do obxecto do contrato”, o da “obriga principal”. Entre os escasos exemplos que se atopan figuran a falta de pagamento do canon pactado nun contrato para a prestación do servizo de cafetería nun centro de asistencia a persoas dependentes⁵⁰, a infracción das “medidas de seguridade e saúde previstas na normativa vixente e no plan de seguridade e saúde”, nun contrato de obras de rehabilitación e ampliación dun edificio⁵¹, ou a falta de achega do programa informático que é “premisia indispensable para levar a cabo o resto das prestacións contratadas”, nun contrato que tiña por obxecto a elaboración, xestión e mantemento do inventario de bens do municipio que contrata⁵². Non obstante, é importante advertir como non son poucas as ocasións en que os órganos consultivos, no mesmo sentido que as propostas sobre as que informan, se limitan a avalar unha resolución fundada no artigo 211.1.f) aínda que sen precisar en cal das cláusulas do precepto se incardinaría concretamente o incumprimento que a xustifica⁵³, o que é comprensible xa que a distinción entre os dous motivos de ruptura do contrato que a norma recolle

48 Non obstante, non cabe esquecer que a propia LCSP establece algúns incumprimentos aos que liga un posible efecto resolutorio do contrato en aplicación do artigo 211.1.f). É o caso do artigo 215.3 en relación co incumprimento das condicións que rexen a subcontratación.

49 Ditame 47/2019, do 19 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias.

50 “Unha obriga de carácter esencial prevista expresamente no clausulado do contrato” no suposto que analiza o Ditame 229/2019, do 3 de outubro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias.

51 Consideradas igualmente “obriga esencial” no Prego de cláusulas administrativas do contrato sobre cuxa resolución se pronuncia o Ditame 275/2020, do 17 de setembro, do Consello Consultivo de Castela e León. O incumprimento “das obrigas laborais e de Seguridade Social do contratista cos seus traballadores” como obriga que, prevista nos pregos, despreza un efecto resolutorio do contrato foi avalada, de acordo co texto refundido de 2011, pola Sentenza do Tribunal de Xustiza de Valencia do 21 de maio de 2020 (XUR 2020/210363).

52 É o que conclúe o Ditame 501/2019, do 11 de decembro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha.

53 Como pode comprobarse, entre outros, nos Ditames 456/2019, do 12 de xuño, e 789/2019, do 19 de novembro, do Consello Consultivo de Andalucía, ou no Ditame 443/2019, do 28 de novembro, Consello Consultivo de Canarias.

non pasa de constituír unha cuestión, de grande interese teórico, sen dúbida, aínda que carente de transcendencia práctica na medida en que os efectos da resolución son, nos dous casos, os mesmos.

– *Consideración final*

As regras previstas no artigo 211.1.f) da LCSP constitúen o último paso, ata agora, dun proceso de evolución marcado pola redución progresiva do ámbito de aplicación da causa de resolución vinculada ao incumprimento polo contratista das súas obrigas, así como da marxe de valoración dos que deben interpretala e aplicala. En efecto, as sucesivas leis de contratación pública, baixo a influencia, sempre, da xurisprudencia e a doutrina dos órganos consultivos desenvolvida baixo a vixencia da norma precedente, foron progresivamente acoutando a espazos cada vez máis reducidos o poder resolutorio da Administración derivado desta causa. Se a Lei de 1995 deixaba “certa marxe de apreciación das obrigas que a Administración consideraba esenciais, en virtude da prerrogativa de interpretar os contratos recoñecida no artigo 59.1 do mesmo texto legal”⁵⁴, a de 2007, ao introducir a necesaria previsión nos pregos desas obrigas determinantes, en caso de desatención polo contratista, dunha posible disolución do vínculo contractual, dará un paso decisivo a prol da redución das facultades das que tradicionalmente dispuxese a Administración na súa apreciación das obrigas desa natureza, proceso que a Lei de 2017 culmina ao tipificar expresamente o incumprimento da “obriga principal” como causa determinante da ruptura do contrato e engadir novas condicións a esas “obrigas esenciais” cuxa infracción pode tamén producir este efecto, obrigas que non só han de quedar establecidas nos pregos do contrato, senón que han de estalo ademais “dunha maneira precisa, clara e inequívoca, non sendo admisibles cláusulas de tipo xeral” e respectar os límites establecidos no artigo 34.1. En calquera caso, que unha obriga sexa “principal” ou “esencial”, cualificación que só poderá efectuarse a partir do disposto nos pregos de cláusulas administrativas particulares e atendendo, igualmente, ás características e circunstancias en que, en cada caso, se produce o incumprimento do contratista, carece de maior transcendencia, dado que os efectos da resolución son coincidentes nun e outro caso. Haberá que permanecer atentos, no entanto, á doutrina dos órganos consultivos e á xurisprudencia na materia. É aínda pronto para efectuar unha valoración máis definitiva sobre a forma en que estes supostos de resolución contractual quedaron determinados no artigo 211.1.f) da LCSP.

3.2.1.2 A demora no cumprimento dos prazos de execución do contrato

O artigo 211.1.d) da LCSP segue dando acollida expresa ao máis característico e frecuente, se se atende á doutrina dos órganos consultivos autonómicos⁵⁵ e á xurisprudencia

54 En termos tomados do Informe 12/2011, do 12 de setembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Aragón.

55 Son, en efecto, moi frecuentes os supostos en que os órganos consultivos avalan propostas de resolución fundadas no incumprimento polo contratista dos prazos contractuais. Así, e como expoñentes deles en aplicación da Lei de 2017, poden verse os Ditames 8/2020, do 15 de xaneiro, e 88/2020, do 6 de febreiro, do Consello Consultivo de Andalucía; 253/2019, do 1 de outubro, ou 74/2020, do 26 de maio, do Consello Consultivo de Aragón; 45/2020, do 20 de febreiro, e 52/2020, do 5 de marzo, do Consello Consultivo de Castela e León; 249/2019, do 26 de xuño, do Consello Consultivo de Castela-A

contencioso-administrativa⁵⁶, dos incumprimentos do contratista: “a demora no cumprimento dos prazos”⁵⁷. Agora ben, esta disposición introduce como novidade, respecto das disposicións anteriores, que, en todo caso, se considera causa de resolución “o atraso inxustificado sobre o plan de traballos establecido no prego ou no contrato, en calquera actividade, por un prazo superior a un terzo do prazo de duración inicial do contrato, incluídas as posibles prórrogas,” no que constitúe, como foi cualificado polo Consello Consultivo de Andalucía, “un suposto específico de resolución dentro do xenérico da demora no cumprimento dos prazos”⁵⁸. Un suposto, non obstante, practicamente descoñecido na doutrina dos órganos consultivos ditada ata a data, que sen dúbida se explica na súa falta de aplicación previa nas propostas de resolución sobre as que emiten informe. Varias ideas, de moi distinta natureza, merecen ser destacadas na análise da resolución fundada na infracción do prazo contractual.

Ante todo, cabe insistir en como ante ese incumprimento “superior a un terzo do prazo”, a “resolución do contrato é necesaria”⁵⁹, malia o disposto no artigo 193.3 da propia lei, que lle recoñece á Administración, sen limitación ou excepción ningunha, a posibilidade de optar, ante o incumprimento imputable ao contratista, entre a imposición de penalidades ou a resolución do contrato “atendidas as circunstancias do caso”. Unha facultade, por conseguinte, que non é tan ampla como resulta deste artigo ao atopar o límite imposto no 211.1.d) co que a dita disposición non garda a debida coherencia⁶⁰.

Doutra banda, cómpre lembrar que, a diferenza dos incumprimentos recollidos na letra f), o ligado á infracción do prazo contractual exige, coa excepción que se acaba de sinalar, dun “incumprimento a el imputable pola súa pasividade culposa ou negligente”⁶¹, pois, de non concorrer esta circunstancia, a Administración, en cumprimento do disposto no artigo 195.2, estará obrigada a outorgarlle unha prórroga que “será, polo menos, igual ao tempo perdido, a non ser que o contratista pedise

Mancha; 154/2019, do 30 de maio, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña; 134/2019, do 14 de novembro, do Consello Consultivo das Illas Baleares; 76/2019, do 5 de decembro, da Comisión Xurídica Asesora de Extremadura; 265/2020, do 30 de xuño, e 403/2020, do 22 de setembro, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid; 145/2019, do 29 de maio, do Consello Consultivo do Principado de Asturias; e 51/2020, do 29 de xaneiro, ou 293/2020, do 17 de xuño, do Consello Xurídico Consultivo de Valencia.

56 É doado, igualmente, atopar sentenzas que, en aplicación das sucesivas normas de contratación, aceptan a resolución do contrato ante a existencia constatada dunha demora inxustificada do contratista no cumprimento dos prazos a que viña obrigado. Entre outras, poden verse as Sentenzas do Tribunal Supremo do 17 de outubro de 2000 (RX 2000/8915) ou a da Audiencia Nacional do 7 de xullo de 2018 (RXCA 2018/792).

57 Recordar que a causa pode operar tanto ante o incumprimento do prazo total de execución como dos prazos parciais se, como establece o artigo 193.5 da LCSP, así “se preveise no prego de cláusulas administrativas particulares ou cando a demora no cumprimento daqueles faga presumir razoablemente a imposibilidade de cumprir o prazo total”, supostos dos que se poden atopar exemplos nos Ditames 296/2020, do 28 de maio, do Consello Consultivo de Andalucía, ou 265/2019, do 20 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid.

58 Ditame 109/2019, do 31 de xaneiro.

59 Como destaca xa o Ditame 74/2020, do 12 de marzo, do Consello Consultivo de Castela e León.

60 Iso explícase, sen dúbida, no feito de que a previsión que impón a necesaria ruptura do contrato ante a existencia dun atraso que afecte a un terzo do prazo de duración total se introduciu no Congreso dos Deputados como consecuencia da aceptación dunha emenda do Grupo Parlamentario de Cidadáns (emenda n. 388), sen advertirse que a modificación deste precepto tería que ter suposto a do hoxe artigo 193.3, co obxecto de prever expresamente esta excepción. As emendas ao proxecto de lei poden verse no *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso dos Deputados, XII Lexislatura, Serie A, n. 2-2, 16 de marzo de 2017.

61 En expresión do Ditame 74/2020, do 12 de marzo, do Consello Consultivo de Castela e León.

outro menor”. En definitiva, a culpa resulta “un elemento fundamental para fixar a procedencia ou non da resolución contractual” por este motivo⁶². Só o exame das circunstancias concorrentes en cada suposto permitirá determinar, en expresións que se repiten con frecuencia, se nos atopamos ante un incumprimento “revelador dunha vontade clara de non atender, dolosa ou culposamente, os compromisos contraídos” ou, pola contra, ante “un mero atraso” de “ningún xeito expresivo daquela vontade”⁶³. Será a Administración que pretenda romper un contrato por esta causa a que terá que demostrar “a existencia dunha situación obxectiva de incumprimento por parte do contratista” resultado da “ausencia de previsión de acordo coa natureza das obrigas e circunstancias concretas de tempo e lugar”. Sobre o contratista pesa, pola contra, a carga de probar as razóns que, se é o caso, xustifiquen o seu incumprimento⁶⁴.

Finalmente, non debe pasar desapercibido que, como dicíamos, a execución do contrato dentro dos prazos establecidos foi considerada sempre unha das obrigas máis importantes do contratista, e a súa violación, polo tanto, un dos incumprimentos máis graves en que pode incorrer na medida en que frustra o fin propio do contrato e, con ela, a satisfacción do interese xeral ao cal serve. O que é o mesmo, a infracción do prazo contractual sitúanos ante o incumprimento dunha “obriga esencial”, de feito, ante o máis característico e habitual na doutrina dos órganos consultivos. A conexión entre as causas de resolución das letras d) e f) do artigo 211.1 –o suposto de feito da primeira insírese no ámbito de aplicación da segunda– percíbese con claridade na frecuencia coa que os órganos consultivos admiten, ante o incumprimento do prazo de execución do contrato, a concorrencia non só do motivo de resolución da letra d), senón tamén do recollido na letra f)⁶⁵, chegándose a afirmar que a LCSP dispón, nesas apartados, como causa de resolución a demora no cumprimento dos prazos por parte do contratista⁶⁶, ou que “procede a resolución contractual por incumprimento da empresa contratista da súa obriga de executar o contrato no prazo procedente, ao abeiro do establecido no artigo 211.1.d) e f) da LCSP/17”⁶⁷, sen que falten tampouco supostos que fundan exclusivamente a resolución con orixe na infracción do tempo de execución do contrato no disposto na letra f)⁶⁸. É verdade tamén que non faltan ditames, máis atentos sen dúbida ao teor literal do artigo 211.1, que, ante a constatación do incumprimento do prazo por un contratista que, por exemplo, abandona as obras, consideran, en contra mesmo do criterio mantido pola proposta de resolución, que o procedente é a resolución de conformidade co disposto na letra d), non na f), do

62 En termos do Ditame da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi 52/2019, do 13 de marzo.

63 Como sinala o Ditame 47/2019, do 6 de febreiro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha, que parte da doutrina do Tribunal Supremo na materia.

64 Ditame 168/2019, do 13 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña, exemplo doutros moitos tanto deste como doutros órganos consultivos, así como dunha xurisprudencia firmemente consolidada.

65 Idea da que son expresivos, entre outros, os Ditames 324/2019, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Andalucía; 168/2019, do 13 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña; ou 100/2020, do 17 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi.

66 Ditame 201/2019, do 23 de maio, do Consello Consultivo de Canarias.

67 Ditame 512/2019, do 28 de novembro, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid.

68 Como o Ditame 268/2019, do 13 de novembro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias; ou o Ditame 275/2019, do 24 de xullo, do Consello Consultivo de Aragón.

precepto⁶⁹, ou que aprecian a existencia dunha demora “xunto cun incumprimento, interconectado con aquel motivo, da obriga principal ou esencial do contrato⁷⁰. En realidade, e aínda que ante a infracción do prazo o procedente, dada a previsión expresa deste suposto de ruptura contractual, é a aplicación do artigo 211.1.d), tampouco se aprecian inconvenientes en acudir á letra f) do precepto, xa sexa conxuntamente con ese motivo específico de ruptura contractual ou, mesmo, de forma exclusiva, xa que non é discutible que a demora nos prazos de execución nos sitúa ante un incumprimento da “obriga principal” do contrato, na medida en que frustra o seu fin, ou, en calquera caso, ante o dunha “obriga esencial”. Non pode ademais esquecerse que estamos ante causas de resolución con efectos coincidentes, o que fai que a cuestión careza de calquera transcendencia práctica.

3.2.1.3 O incumprimento polo contratista das súas obrigas laborais

Sen precedente ningún nas nosas normas sobre contratación pública, o artigo 211.1.i) da LCSP, nunha previsión que introduce o Congreso dos Deputados⁷¹ no contexto dunha disposición sensible ao cumprimento polos contratistas das súas obrigas en materia laboral⁷², considera causa de resolución dos contratos administrativos “o non pagamento, durante a execución do contrato, dos salarios por parte do contratista aos traballadores que estivesen a participar nela, ou o incumprimento das condicións establecidas nos convenios colectivos en vigor para estes traballadores tamén durante a execución do contrato”. A introdución deste motivo de disolución do vínculo contractual supón a ruptura, ou polo menos a flexibilización, dunha consolidada tradición normativa que vincula a resolución ao incumprimento das obrigas xurdidas do propio contrato, para alcanzar tamén a infracción de obrigas á marxe da relación contractual⁷³. Agora ben, non pode dicirse que a contratación pública permanecese, ata esta lei, completamente allea á preocupación por asegurar que os contratistas da Administración cumpran coas súas obrigas respecto dos traballadores ao seu cargo,

69 É o criterio que mantivo, por exemplo, o Ditame 390/2020, do 8 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía.

70 En tal sentido, Ditame 551/2019, do 18 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía. Outros ditames resultan tamén expresivos desta idea, como o Ditame deste mesmo órgano consultivo 500/2019, do 4 de xullo; ou o Ditame 275/2020, do 17 de setembro, do Consello Consultivo de Castela e León.

71 Así, no Informe do relatorio pode lerse que esta “aprobou por unanimidade un novo texto en relación con este artigo..., como consecuencia da aceptación da emenda transaccional procedente das emendas 147 do GP Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 297 e 306 do GP de Esquerra Republicana, 676 do Grupo Parlamentario Socialista e 917 do GP Mixto-PDeCAT” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso dos Deputados, XII Lexislatura, Serie A, n. 2-4, 2 de agosto de 2017).

72 Expresada con claridade no seu artigo 201, que determina que “os órganos de contratación tomarán as medidas pertinentes para garantir que na execución dos contratos os contratistas cumpren as obrigas aplicables en materia ambiental, social ou laboral establecidas no dereito da Unión Europea, no dereito nacional, nos convenios colectivos ou polas disposicións de dereito internacional ambiental, social e laboral que vinculen o Estado e en particular as establecidas no anexo V”.

73 M. RUÍZ DAIMIEL reflexionou, en relación con determinados contratos, sobre as dificultades e dúbidas interpretativas que suscita esta causa (“Los incumplimientos de las obligaciones laborales por el contratista en determinados contratos de servicios”, *Observatorio de Contratación Pública, Sección Opinión*, xaneiro de 2017) que E.M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN valorou “moi positivamente” e que ben se podería ter estendido, ao seu xuízo, “a outros incumprimentos, por exemplo, en canto aos dereitos de conciliación dos traballadores, aínda que non é menos certo que o precepto en cuestión, malia mencionar expresamente o non-pagamento, tamén se refire con carácter xeral ao incumprimento das condicións establecidas nos convenios colectivos, o que, sen dúbida, se irá perfilando na aplicación práctica desta causa de resolución” (“Capítulo XLV. La extinción de los contratos. La resolución”, cit., p. 2353).

pois non poden considerarse excepcionais os pregos contractuais que cualificaron estas obrigas de esenciais, atribuíndolles, desta forma, un posible efecto resolutorio do contrato en caso de incumprimento polo contratista⁷⁴.

De acordo cos datos que ofrecen os ditames dos diferentes órganos consultivos emitidos vixente xa a Lei de 2017, pódese dicir que nos atopamos ante un motivo de posible ruptura do contrato practicamente inédito na súa aplicación, pois tan só atopamos un ditame, o Ditame 498/2019, do 4 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía, en que se avala unha resolución fundada no artigo 211.1.i), mentres que aparecen outros casos en que o incumprimento das obrigas establecidas neste apartado se canaliza a través da letra f) do precepto, en canto incumprimento de “obriga esencial” prevista no prego do contrato⁷⁵. De feito, a LCSP exige, en determinados casos, que os pregos recollan a obriga do contratista de responder dos salarios do traballador⁷⁶. Desde logo, a incardinación destes incumprimentos concretos do contratista nunha ou outra letra, a f) ou a i), do artigo 211.1 non resulta indiferente en canto aos seus efectos xurídicos, que, no primeiro caso, serán os determinados con claridade no artigo 213.3 da propia LCSP, mentres que, no segundo, quedan un tanto indeterminados ao non dispor este precepto as consecuencias dunha resolución con orixe nesa letra i) nunha lagoa, como veremos, difícil de suplir. Tamén resulta relevante a aplicación dun motivo ou outro de ruptura do contrato no que se refire á iniciativa para o exercicio da potestade resolutoria, dado que, como dispón o artigo 212.1, de situarnos ante o suposto determinado no artigo 211.1.i), a capacidade de instar o procedemento de resolución contractual escapa ás partes contratantes, ao quedar atribuída, con carácter xeral, aos “representantes dos traballadores na empresa contratista”⁷⁷.

Aínda que, sen dúbida, parece prudente deixar transcorrer algún tempo para determinar o grao de aplicación desta causa e valorar os seus resultados, cos datos de que hoxe dispomos, non constitúe un motivo relevante, no que á súa incidencia práctica se refire, de disolución do contrato por incumprimento do contratista, permanecendo en moitos casos no ámbito do incumprimento das “obrigas esenciais” do contratista, no que tradicionalmente estivo situado. En calquera caso, o que non é discutible é que a súa previsión non foi acompañada dunha correcta regulación deste no que se refire á propia determinación dos supostos en que exactamente procede – non se ofrece un criterio que permita determinar cando, ante a falta de pagamento dos salarios aos traballadores, procede a imposición das penalidades previstas, para estes mesmos

74 En tal sentido, Ditames 7/2012, do 30 de xaneiro, do Consello Consultivo da Ríoxa, 61/2017, do 7 de xuño, do Consello Consultivo das Illas Baleares, ou 309/2018, do 11 de xullo, do Consello Consultivo de Canarias.

O incumprimento “das obrigas laborais e de Seguridade Social do contratista cos seus traballadores” que, prevista nos pregos, desprega un efecto resolutorio do contrato foi avalada, baixo a vixencia do texto refundido de 2011, pola Sentenza do Tribunal de Xustiza de Valencia do 21 de maio de 2020, ante un suposto de falta de pagamento dos salarios aos traballadores (XUR 2020/210363).

75 Por exemplo, no Ditame 275/2020, do 17 de setembro, do Consello Consultivo de Castela e León.

76 Trátase dos supostos previstos no artigo 130.6 en relación coa “información sobre as condicións de subrogación en contratos de traballo”.

77 Unha regra xeral que o precepto exceptúa, non obstante, “cando os traballadores afectados polo non-pagamento de salarios sexan traballadores en que procedese a subrogación de conformidade co artigo 130 e o importe dos salarios debidos pola empresa contratista supere o 5 por cento do prezo de adjudicación do contrato, caso en que poderá ser acordada directamente polo órgano de contratación de oficio”.

supostos, no artigo 201 e cando a resolución⁷⁸, o seu modo de exercicio e, sobre todo, as consecuencias que lle son propias –.

3.2.2 Os efectos da resolución

3.2.2.1 O punto de partida: a confusa regulación do réxime xurídico anterior

Singular interese suscitaron sempre os efectos da resolución dos contratos administrativos con orixe no incumprimento polo contratista das súas obrigas, non xa só pola súa importancia tanto para el mesmo e a propia garantía do interese público ao cal serve, senón tamén polos constantes cambios normativos de que foron obxecto, pois modificáronse en todas as leis da contratación pública que se suceden durante os séculos XX e XXI, incluídas a de 2017. As distintas solucións establecidas nelas non estiveron ademais exentas de problemas interpretativos, o que, sen dúbida, contribuíu a avivar o interese polo seu estudo. Non obstante, non é este o lugar para dar conta dunha historia normativa que está xa contada⁷⁹. Para os efectos que aquí interesan, podemos partir das disposicións previstas na LCSP de 2007 e o seu texto refundido posterior, o que nos permitirá determinar mellor a medida e o sentido do cambio operado nesta materia.

Os efectos da resolución contractual con base no incumprimento polo contratista das súas obrigas quedaron fixados no artigo 208.4 da lei, 225.3 do texto refundido, aplicables aínda a numerosos contratos administrativos en virtude do disposto na disposición transitoria 1.2 da lei vixente. O seu teor literal era o seguinte: “Cando o contrato se resolva por incumprimento culpable do contratista, este deberá indemnizar a Administración dos danos e perdas ocasionados. A indemnización farase efectiva, en primeiro termo, sobre a garantía que, se é o caso, se tivese constituído, sen prexuízo da subsistencia da responsabilidade do contratista no que se refire ao importe que exceda do da garantía incautada”. O precepto suscitaba unha dúbida moi importante, a do posible dereito do contratista ao reintegro daquela parte da garantía que non fose necesaria para a compensación dos danos e perdas ocasionados á Administración pola ruptura do contrato, xa que, a diferenza das normas precedentes, non dispuña esa incautación como efecto propio e necesario da disolución do vínculo contractual, existan ou non danos que indemnizar. A previsión legal será obxecto dunha dispar interpretación polos órganos consultivos e os tribunais coa consecuencia, como denunciéi noutro lugar, de que sendo unha norma básica acabe aplicándose de forma diferente nos distintos territorios en clara contravención precisamente das exixencias

78 E é que non debe pasar desapercibido que o artigo 201 no seu último parágrafo determina que o incumprimento das obrigas referidas no primeiro “e, en especial, os incumprimentos ou os atrasos reiterados no pagamento dos salarios ou a aplicación de condicións salariais inferiores ás derivadas dos convenios colectivos que sexa grave e dolosa, dará lugar á imposición das penalidades a que se refire o artigo 192”.

79 Eu mesma a deixei exposta en *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 139-195.

derivadas desa condición⁸⁰. En efecto, na súa interpretación –en favor desa devolución operaba o teor literal da norma; en contra, a disposición que condicionaba a súa devolución a unha resolución contractual “sen culpa do contratista”– van manterse posturas diverxentes⁸¹, partidarias, unhas, do dereito do contratista á devolución da garantía naquela parte do seu importe que non sexa necesario para a indemnización dos danos causados pola ruptura do contrato –será a tese mantida polo Consello de Estado e outros órganos consultivos–, mentres que defensoras, outras, dunha incautación que fai completa abstracción do feito de que a disolución anticipada do contrato tivese podido ou non provocar danos á Administración e de cal sexa, se é o caso, a súa contía⁸². Xa derogada a norma, dítarase a Sentenza do Tribunal Supremo do 30 de setembro de 2019⁸³, que resolve, declarando non haber lugar a este, o recurso de casación interposto contra a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía

80 BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma”, *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015, pp. 92-94.

81 Tamén doutrinalmente, a norma será obxecto de interpretacións diverxentes. En favor da perda, en todo caso, da garantía manifestáronse, entre outros, T. CANO CAMPOS (“La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1810-1824), E. GARCÍA-TREVÍJANO GARNICA (“La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, pp. 159-161), F. CASTILLO BLANCO (“Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas: un estado de la cuestión”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1825-1865, e “Capítulo XVIII. Garantías exigibles en la contratación del sector público”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 940) e J.A. SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 281). En contra, R.M*. COLLADO MARTÍNEZ (“La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista”, *La contratación pública: Problemas actuales*, Consello Consultivo da Comunidade de Madrid, 2013, www.madrid.org/ccmadrid, pp. 227-247), T. BAÑO e R. MORALES (“La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva Ley de Contratos del Sector público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009, pp. 116-119), O. MIR PUIGPELAT (“Contratación administrativa en tiempos de crisis”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009, p. 112), R. DE VICENTE (“Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 18, 2008, pp. 35-36), J. CUERDA MAS (“La renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva”, *Revista CEMCI*, n. 12/13, 2011, p. 12), ou F.J. ESCRIBUELA MORALES (*La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*, 5ª ed., La Ley, Madrid, 2018, p. 1423).

82 En efecto, o Consello de Estado manterá, desde o primeiro momento, que a Lei de 2007 modifica o réxime das garantías, pois, “a diferenza do que era tradicional na contratación administrativa en España”, establece que “a resolución do contrato a causa do incumprimento do contratista non leva aparellada, a menos que así o dispuxese o prego, a incautación automática da fianza definitiva en poder da Administración contratante”, que, por conseguinte, ha de ser devolta ao contratista se non existen danos que indemnizar, o que non exclúe que o acordo de resolución decida a súa retención ata que se proceda á súa cuantificación (Ditames, entre outros, 971/2016, do 19 de xaneiro de 2017, 729/2017, do 28 de setembro, 730/2017, do 5 de outubro, 731/2017, do 5 de outubro, ou 350/2019, do 9 de maio). A súa interpretación é compartida, nalgúns casos nitidamente desde un primeiro momento e noutros tras algunhas dúbidas iniciais e, mesmo, con ditames en sentido contrario, polos órganos consultivos do Principado de Asturias (Ditame 257/2018, do 8 de novembro, ou 155/2019, do 19 de xuño); Madrid (Ditames 552/2018, do 20 de decembro, 294/2019, do 11 de xullo, 372/2019, do 3 de outubro, ou 349/2020, do 25 de agosto); Illas Baleares (Ditames 65/2018, do 11 de xullo, 82/2018, do 5 de setembro, e 134/2019, do 14 de novembro); Castela e León (Ditame, por exemplo, 566/2017, do 1 de febreiro de 2018), aínda que outros máis recentes non se manifestan en termos tan claros (Ditames 75/2019, do 7 de marzo ou 70/2020, do 12 de marzo); Galicia (Ditame 134/2018); e Cataluña (Ditames 124/2019, do 2 de maio, 301/2019, do 10 de outubro ou 225/2020, do 1 de outubro).

Otros órganos consultivos defenderán, non obstante, a incautación da garantía como efecto propio da resolución do contrato. Así o fan os da Rexión de Murcia (Ditames 296/2018, do 12 de novembro); Castela-A Mancha (Ditames 15/2018, do 16 de xaneiro, 309/2018, do 12 de setembro, e 83/2019, do 27 de febreiro), aínda que algúns dos seus ditames parezan apuntar noutra liña (Ditame 282/2018, do 27 de xullo); Andalucía, en datas recentes (Ditame 247/2020, do 30 de abril); Canarias (Ditame 457/2019, do 5 de decembro); ou Aragón (Ditame 88/2020, do 26 de maio), aínda que noutras ocasións mantivo a interpretación contraria (Ditames 71/2017, de 18 de marzo e 273/2018, do 30 de outubro).

83 RX 2019/3903.

(Sala de Sevilla) do 17 de febreiro de 2017, o cal avogaba, como o fará máis tarde a Sentenza da Sala de Málaga deste mesmo Tribunal do 13 de marzo de 2019⁸⁴, pola incautación automática da garantía como efecto necesariamente ligado á resolución contractual⁸⁵. Unha interpretación distinta mantiveron, non obstante, os Tribunais Superiores de Xustiza de Madrid, Canarias e Castela-A Mancha⁸⁶, que se decantarán polo recoñecemento ao contratista do seu dereito á devolución daquela parte de garantía que non fose necesaria para a compensación dos danos causados. A cuestión, e son aínda moitos os contratos que se extinguen en aplicación deste réxime, debe considerarse, por conseguinte, definitivamente resolta en favor da interpretación mantida polo tribunal andaluz, aínda que hai que recoñecer que a sentenza non desenvolve realmente as razóns que o levan a unha interpretación que non é a que parecía consolidarse na doutrina dos órganos consultivos e a defendida por outros tribunais superiores de xustiza. Non efectúa concretamente un pronunciamento expreso, a pesar da claridade coa que a cuestión quedara exposta no auto de admisión a trámite do recurso que resolve⁸⁷, sobre se, cubertos os danos e perdas aos cales o precepto legal adscribe a garantía, cabe ou non o seu reintegro na contía, se é o caso, sobran- te⁸⁸, posibilidade non obstante claramente excluída ao terse rexeitado o recurso de casación formulado fronte á sentenza que así o considerara. De feito, non deixa de sorprenden a ausencia, salvo en casos moi illados, de calquera referencia á sentenza do alto tribunal nos ditames dos órganos consultivos que informan, a partir da súa data, sobre procedementos de resolución en aplicación desa normativa, mesmo nos casos

Regap



ESTUDIOS

84 XUR 2019/245976.

85 XUR 2018/252212. Así resulta, en efecto, da confirmación, en todos os seus termos, da sentenza obxecto de apelación e así foi interpretado ademais polo Auto do Tribunal Supremo de admisión a trámite do recurso de casación, aínda que a sentenza, que afirma con rotundidade que do artigo 208.4 e 5 da LCSP “claramente se desprende que a incautación da garantía, ou mellor dito a súa perda, se produce de forma automática (*ope legis*) desde o acordo de resolución do contrato por incumprimento culpable do contratista”, contén unha última referencia na cal afirma: “sendo cuestión distinta que tras liquidar os danos e perdas haxa un remanente que deba ser devolto”, que xera, desde logo, confusión ao respecto e que podería ter servido de base a unha interpretación diferente.

86 Sentenzas, respectivamente, do 21 de xaneiro de 2016 (RXCA 2016/123), 29 de setembro de 2017, Sala de Santa Cruz de Tenerife (RXCA 2018/355), e 15 de outubro de 2018 (XUR 2019/1627), que afirma expresamente apoiarse na do Tribunal de Murcia do 24 de febreiro de 2012.

87 O Auto do Tribunal Supremo do 11 de decembro de 2017 (XUR 2018/311857) identifica claramente a cuestión na cal “existe interese casacional obxectivo”: a de se “o artigo 225.3 do TR de 2011 habilita a Administración para a incautación automática ou *ope legis* da garantía constituída polo contratista no caso de resolución do contrato por incumprimento culpable deste, ou ben se a dita garantía queda afectada á indemnización dos danos e perdas derivados do incumprimento e ata a contía que por este concepto se fixe, procedendo a súa devolución na suma se é o caso remanente tras facerse efectiva a indemnización”.

88 Limitase a manifestar que “non pode atenderse á pretensión exercitada de que a garantía definitiva só pode quedar afectada ao pagamento do importe dos danos e perdas ocasionados á Administración contratante”, pois “a previsión normativa é xustamente contraria ao pretendido pola entidade aseguradora aquí recorrente”, dado que “a incautación constitúe unha medida da Administración a prol de garantir o pagamento do importe dos danos e perdas causados nos casos de resolución do contrato, amparada polo da Lei 30/2007, do 30 de outubro (...) e actualmente o artigo 110, d) de contratos do sector público, Lei 9/2017, do 8 de novembro (...) polo que non resulta precisa a valoración previa dos danos para acordar aquela”. Que a garantía constitúe unha medida destinada “a garantir o pagamento do importe dos danos e perdas causados nos casos de resolución do contrato” é algo do que non se dubidou nunca baixo a vixencia da LCSP de 2007 e do seu texto refundido. A cuestión, sobre a que a sentenza non efectúa un pronunciamento claro é a relativa a se, cubertos tales danos e perdas, é ou non posible a súa devolución ao contratista na contía sobran- te.

No número 265, en 2019, da *Revista de Estudios Locales* dáse conta detallada dos antecedentes e contido da sentenza polo GRUPO DE CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO, baixo o título “De nuevo sobre la incautación de la garantía ante el incumplimiento culpable: La Sentencia del Tribunal Supremo 3092/2019”, pp. 91-94.

en que vén avalar a posición por eles mantida⁸⁹, así como a existencia de sentenzas de diferentes tribunais superiores de xustiza ditadas en datas posteriores á do Supremo que tampouco a citan, aínda que, certamente, resolven no sentido nela establecido⁹⁰. En calquera caso, estamos ante un réxime xa derogado e chamado á súa definitiva extinción. O que aquí interesa é analizar como quedaron determinados os efectos da resolución do contrato por incumprimento do contratista na LCSP de 2017.

3.2.2.2 As consecuencias da resolución na LCSP: o retorno ás regras da Lei de contratos das administracións públicas de 1995 e a falta de previsión da resolución con orixe no artigo 211.1.i)

– Os efectos determinados no artigo 213.3

A resolución por incumprimento culpable imponse ao contratista, á marxe do seu dereito á liquidación do realmente executado⁹¹, e da súa posible inhabilitación para contratos posteriores coa Administración⁹², os efectos previstos no artigo 213.3: “seralle incautada a garantía e deberá, ademais, indemnizar a Administración dos danos e perdas ocasionados no que superen o importe da garantía incautada”. Con

89 En efecto, non son poucos os ditames de diferentes órganos consultivos ditados con posterioridade á sentenza que eluden calquera referencia á interpretación efectuada polo Tribunal Supremo. Son os casos, por exemplo, dos Ditames do Consello Consultivo de Andalucía 263/2020, do 11 de maio, e 535/2020, do 8 de outubro; do Consello Consultivo de Aragón 88/2020, do 26 de maio; do Consello Consultivo de Canarias 457/2019, do 5 de decembro; do Consello Consultivo de Castela e León 626/2019, do 16 de xaneiro de 2020, e 70/2020, do 12 de marzo; ou da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña 225/2020, do 1 de outubro.

Tan só se fan eco dela a Comisión Xurídica Asesora de Madrid, que nalgúns ditames, é verdade que non en todos (Ditames, por exemplo, 479/2019, do 8 de novembro, e 349/2020, do 25 de agosto, que manteñen a súa postura tradicional na materia), varía a que era a súa interpretación consolidada para considerar que “esta incautación de garantía opera de xeito automático” (Ditames 447/2019, do 30 de outubro, e 556/2019, do 19 de decembro); ou o Consello das Illas Baleares, que manifesta, afirmación extraordinariamente discutible, que a súa doutrina “coincide co criterio que veu mantendo este Consello Consultivo”. Así o fai nos seus Ditames 134/2019, do 14 de novembro, e 139/2019, do 4 de decembro. A afirmación é, en efecto, discutible porque os seus Ditames 65/2018, do 11 de xullo, e 82/2018, do 5 de setembro, aos que se refire como expresivos desa doutrina que di avalada pola sentenza, defenden, en realidade, unha interpretación diferente do artigo 225.3 do texto refundido de 2011: a que postula a devolución da garantía na medida en que non sexa necesaria para a indemnización dos danos causados á Administración.

90 É o caso da Sentenza do Tribunal da Comunidade Valenciana do 21 de maio de 2020 (XUR 2020/210363), que, en termos moito máis claros que o seu homólogo andaluz e o propio Tribunal Supremo, sostén que non pode considerarse que a LCSP de 2007 introduciuse “unha variación substantiva” nesta materia “cando nin do seu teor literal nin do procedemento de elaboración e aprobación se desprende que tal fora a súa vontade”, polo que “debe concluírse que a incautación da garantía era procedente en todo caso, en aplicación dos artigos 100.c) e 225.4 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público...”. O da Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 10 de febreiro de 2020 (XUR 2020/109127), cuxa posición ao respecto resulta, non obstante, máis confusa.

91 Recoñecido, por exemplo, para os contratos de obras, o suposto que con máis frecuencia adoita presentarse, no artigo 246 da LCSP. Os órganos consultivos insisten, como non podía ser doutro xeito, na importancia deste dereito. Neste sentido, e entre Ditames do Consello Consultivo de Andalucía 139/2020, do 20 de febreiro, ou 390/2020, do 8 de xullo; 74/2020, do 26 de maio, do Consello Consultivo de Aragón; 275/2020, do 17 de setembro, do Consello Consultivo de Castela e León; 68/2020, do 20 de febreiro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha; 154/2019, do 30 de maio, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña; 32/2020, do 13 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias; ou 293/2020, do 17 de xuño, do Consello Xurídico Consultivo de Valencia.

92 O artigo 71.2.d) da LCSP prohibelles contratar “coas entidades comprendidas no artigo 3 desta lei” aos que “desen lugar, por causa da que fosen declarados culpables, á resolución firme de calquera contrato celebrado” cunha entidade, igualmente, “das comprendidas no artigo 3 da presente lei”. Unha prohibición que o apartado 3º. do precepto estende “a aquelas empresas das que, por razón das persoas que a rexen ou doutras circunstancias, puidese presumirse que son continuación ou que derivan, por transformación, fusión ou sucesión, doutras empresas en que concorren aquelas”. Esta prohibición, como dispoñen os artigos 72 e 73, débese declarar “segundo o procedemento que nas normas de desenvolvemento desta lei se estableza” que “non poderá iniciarse se tivesen transcorrido máis de tres anos” computados “desde a data en que fose firme a resolución do contrato”. A prohibición non poderá exceder os tres anos, contados “desde a data de inscrición no rexistro correspondente”, estendendo os seus efectos a todas “as entidades comprendidas no artigo 3 desta lei”.

esta disposición, a LCSP modifica a solución instaurada en 2007 para volver exactamente á regra recollida, con precedentes claros en disposicións máis antigas⁹³, na Lei de contratos das administracións públicas de 1995 e o seu texto refundido de 2000. O réxime da Lei de 2017, como o foi o vixente entre os anos 1995 e 2007, artículase, por conseguinte, en torno a dous principios básicos: a) A garantía incáutase, como veñen xa declarando os diferentes órganos consultivos⁹⁴, polo simple feito dunha ruptura do contrato imputable ao contratista, con enteira independencia de que existan ou non danos e perdas que indemnizar á Administración e de cal sexa, se é o caso, o seu importe⁹⁵, de aí que estes órganos se opoñan ás pretensións de contratistas ou avalistas partidarias da súa devolución se non se ocasionaron danos, unha interpretación que “non se axusta ao disposto” no precepto legal referido⁹⁶; ou por propostas de resolución en que figura a retención da garantía, non a súa incautación⁹⁷; e b) A garantía queda vinculada á indemnización dos danos e perdas derivados da ruptura anticipada do contrato e, só de non ser suficiente a súa contía, a Administración poderá exercer unha acción de responsabilidade fronte ao contratista para resarcirse dos non cubertos polo seu importe. Desta forma, e igual que ocorrera en aplicación da lei de 1995 e o seu texto refundido, a garantía cumprirá cunha función diversa dependendo de cada contrato e das características e consecuencias da súa resolución. Operará cunha función liquidatoria nos supostos en que os danos causados á Administración pola extinción do contrato superen o seu importe; e cunha finalidade total ou parcialmente punitiva naquéloutros en que non ocasione danos ou estes sexan inferiores á súa contía, desincentivando así, como sinalara o Consello de Estado no seu Ditame 1116/2015, ao anteproxecto de lei, “a inobservancia do pactado”. Desde logo, non deixa de resultar paradoxal que, mentres maior sexa o dano derivado da ruptura do contrato, máis baixa, ou mesmo inexistente, será a pena, pois toda a súa contía quedará adscrita á indemnización. De non existir danos ou situarse a súa valoración por debaixo do seu importe, o valor punitivo da súa perda será, non obstante, máis alto.

Regap



ESTUDIOS

93 Artigo 97 do Regulamento de contratación das corporacións locais de 1953.

94 Todos os órganos consultivos dan xa conta do cambio operado. A título puramente ilustrativo, poden verse os Ditames do Consello de Estado 614/2019, de 24 de xullo, ou 1089/2019, do 19 de marzo de 2020; e os Ditames, 788/2019, de 19 de novembro, ou 387/2020, do 8 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía; 107/2020, de 22 de xullo, ou 253/2020, do 1 de outubro, do Consello Consultivo de Aragón; 443/2019, do 28 de novembro, ou 468/2019, do 19 de decembro, do Consello Consultivo de Canarias; 413/2019, do 22 de outubro, ou 162/2020, do 11 de xuño, do Consello Consultivo de Castela e León; 53/2019, do 6 de febreiro, ou 501/2019, do 11 de decembro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha; 102/2019, do 5 de abril, ou 168/2019, do 13 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña; 54/2019, do 21 de marzo, ou 21/2020, do 29 de xaneiro, da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi; 76/2019, do 5 de decembro, da Comisión Xurídica de Extremadura; 209/2019, do 23 de maio, ou 74/2020, do 27 de febreiro, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid; 268/2019, do 13 de novembro, ou 185/2020, do 23 de xullo, do Consello Consultivo do Principado de Asturias; ou 619/2019, do 30 de outubro, 727/2019, do 27 de decembro, do Consello Xurídico Consultivo de Valencia.

95 A modificación legal foi obxecto de valoracións diversas. O propio Consello de Estado, no seu ditame ao anteproxecto de lei, destacaba “o pleno acerto” do anteproxecto neste punto, valoración á que se suman autores como R. GUERRERO ANKERSMIT (“Comentario al artículo 213”, cit., pp. 1265-1267). Outros, non obstante, como é o caso M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, expresaron as súas reservas coa previsión legal (*El nuevo régimen de la contratación pública*, cit., pp. 1218 e 1220-1222).

96 Ditame 516/2019, do 11 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía.

97 Como acontecía no suposto sobre o que informa o Ditame 68/2020, do 20 de febreiro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha.

É importante sinalar que, ao establecerse o deber do contratista de indemnizar esa parte de danos non cuberta coa garantía incautada, resulta imprescindible proceder á súa exacta cuantificación, pois só desta forma poderá saberse se a garantía resulta suficiente para a súa compensación e a que cantidade, por enriba dela, debe facer fronte, se é o caso, o contratista. Así o puxen xa de manifesto con ocasión do estudo do réxime previsto na lei de 1995, no cal destacaba como a regra entón establecida no seu artigo 114.4 (113.4 do texto refundido de 2000), exactamente a mesma que hoxe recolle o artigo 213.3, así o impuña e como, desde este presuposto, se tería que ter reformulado esa interpretación mantida polo Consello de Estado e o Tribunal Supremo, baixo a vixencia de normas anteriores, segundo a cal a garantía resarce a Administración deses prexuízos de difícil estimación inherentes á disolución do contrato, deixando sempre a salvo a indemnización polos especificamente cuantificables⁹⁸. Non obstante, non parece que o alto órgano consultivo do Estado participe desta interpretación, dado que no seu ditame ao anteproxecto de lei, no que se felicitaba polo retorno á solución legal de 1995, non dubidaba en destacar que a perda da fianza, consecuencia inherente da resolución do contrato, desenvolverá, como dixemos, “unha función punitiva, desincentivando a inobservancia do pactado”, pero permitiralle tamén “á Administración verse resarcida dos danos e perdas que o dito incumprimento ocasiona, sen necesidade de demostrar a súa cuantificación, como agora sucede. Soamente se se estima que tales danos e perdas superan o importe da garantía definitiva incautada, a Administración terá que afrontar a xustificación do seu importe para poder exercer a súa prerrogativa de depurar a responsabilidade contractual do adxudicatario, coa conseguinte exixencia da suma excedentaria”, doutrina presente xa nalgún ditame do Consello Consultivo asturiano, concretamente⁹⁹. Agora ben, o problema estriba, precisamente, en que será moi difícil, polo menos serao na maioría dos casos, saber se o importe dos danos e perdas supera o da garantía, se non é a partir da súa previa e exacta cuantificación¹⁰⁰, que, como determina o artigo 113 do Regulamento de contratos das administracións públicas de 2001, deberá ser efectuado “polo órgano de contratación en decisión motivada logo de audiencia deste”. É pronto aínda para valorar se nesta volta ao réxime derogado pola LCSP de 2007 hai tamén un retorno á interpretación que se fixera das súas regras ou se esta sofre algún cambio ou matización neste novo tempo de vixencia dos seus mesmos principios. Por agora, pode destacarse a común posición dos órganos consultivos en defensa da necesidade de que os danos polos que a Administración deba ser resarcida e que, a xuízo do Consello

98 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, cit., pp. 187-192.

99 Concretamente no seu Ditame 145/2019, do 29 de maio, no que dá conta do cambio operado coa Lei de 2017, destacando que “a garantía definitiva cumpre a función de cláusula penal ou de indemnización de carácter mínimo, ligada ao resarcimento de prexuízos xenéricos ou indeterminados; todo iso sen prexuízo de que, cando a garantía constituída non alcance a cubrir o importe dos danos ocasionados, a Administración poderá exercer unha acción de responsabilidade fronte ao contratista para resarcirse destes no que excedan o importe daquela”. En ditames posteriores desaparece, non obstante, esta afirmación.

100 Así sería reconecido, baixo a vixencia do réxime da lei de 1995, polo Informe 27/1999, do 30 de xuño, da Xunta Consultiva de Contratación, e por diferentes órganos consultivos –por exemplo, Ditames 9/2005, do 23 de febreiro, da entón Comisión Xurídica Asesora do Goberno de Aragón, 154/2004, do 1 de decembro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha, ou 1133/2009, do Consello Consultivo de Castela e León–, así como por Sentenzas como as do Tribunal Superior de Xustiza da Rioxo do 4 de abril de 2003 (XUR 2003/200157) ou de Murcia do 24 de febreiro de 2012 (XUR 2012/110261).

Consultivo de Castela-A Mancha, se concretan en “dous conceptos”, “os maiores gastos que para ela deriven” e “os danos derivados do atraso que xere na realización da obra prevista”¹⁰¹, queden efectivamente acreditados, pois, como sinala o seu homólogo castelán-leonés, con apoio en pronunciamentos do Tribunal Supremo, “só poderán ser tomados en consideración aqueles prexuízos efectivamente sufridos que estean suficientemente demostrados por cálculos obtidos de datos fundados en valores reais e non meramente hipotéticos de resultados posibles pero non seguros”¹⁰², ou, o que é o mesmo, os “efectivamente contrastados tras a súa oportuna xustificación”¹⁰³; de aí, segundo se extrae tamén do estudo da doutrina destes órganos, que se considere que “a proposta (de resolución) se excede a manifestarse sobre a falta de acreditación de danos e perdas sen que conste previamente un procedemento conducente a coñecer, determinar e comprobar o alcance dos posibles prexuízos durante a instrución do expediente”¹⁰⁴. Unha determinación e valoración que pode facerse tanto no propio procedemento de resolución¹⁰⁵ como, o que é moito máis habitual, no posteriormente incoado con ese específico fin¹⁰⁶. Tamén aparecen supostos, inusuais certamente, nos cales o órgano consultivo acepta propostas de resolución que, “atendidas as circunstancias concorrentes”, admiten que o “dano producido sexa nulo”¹⁰⁷, aínda que non deixan tampouco de existir ditames que parecen cuestionar que esta posibilidade poida darse, xa que a propia ruptura do contrato sen a realización do seu obxecto supón, en si mesma, un prexuízo¹⁰⁸. De novo, debemos manifestar a conveniencia de atender á doutrina dos órganos consultivos e ao que poidan determinar os tribunais co obxecto de analizar e valorar como se aplican e interpretan as consecuencias establecidas no

Regap



ESTUDIOS

101 Ditame 53/2019, do 6 de febreiro.

102 Ditames 413/2019, do 22 de outubro, 162/2020, do 11 de xuño, ou 275/2020, do 17 de setembro.

103 Ditame 293/2020, do 17 de xuño, do Consello Xurídico Consultivo de Valencia.

104 Ditame 76/2019, do 5 de decembro, da Comisión Xurídica de Extremadura.

105 Como demostran, entre outros, o Ditame do Consello de Estado 614/2019, do 24 de xullo; ou os Ditames 252/2019, do 27 de marzo, e 812/2019, do 28 de novembro, do Consello Consultivo de Andalucía, e 32/2020, do 13 de febreiro, do Consello Consultivo do Principado de Asturias.

106 O propio Consello de Estado no Ditame 1089/2019, do 19 de marzo de 2020, declarou xa, en aplicación do réxime vixente, a necesidade de iniciar un novo procedemento con tal fin se os danos e perdas non quedaron acreditados no procedemento de resolución, interpretación que conta co aval dos tribunais en contratos rexidos polo réxime xurídico derogado, pero en aplicación do citado artigo 113 (Sentenza, por exemplo, do 21 de xaneiro de 2019 do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, Sala de Valladolid, XUR 2019/107809). Outros moitos ditames de diferentes órganos consultivos pronúncianse en termos favorables á iniciación, tras o acordo de resolución, dun posterior procedemento contradictorio destinado á verificación e cuantificación dos danos ocasionados pola ruptura do contrato e a conseguinte determinación da suficiencia ou non da garantía para a súa indemnización. Neste sentido, e entre outros moitos, Ditames do Consello Consultivo de Andalucía 789/2019, do 19 de novembro, ou 247/2020, do 30 de abril; do Consello Consultivo de Canarias 201/2019, do 23 de maio, ou 468/2019, do 19 de decembro; do Consello Consultivo de Castela-A Mancha 492/2019, do 4 de decembro, ou 68/2020, do 20 de febreiro; da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña 154/2019, de 30 de maio, ou 386/2019, do 28 de novembro; da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi 54/2019, do 21 de marzo; da Comisión Xurídica de Extremadura 76/2019, do 5 de decembro; do Consello Consultivo do Principado de Asturias 229/2019, do 3 de outubro, ou 186/2020, do 23 de xullo; ou do Consello Xurídico Consultivo de Valencia 713/2019, do 18 de decembro, e 293/2020, do 17 de xuño.

107 Ditame da Comisión Xurídica Asesora de Euskadi 54/2019, do 21 de marzo. Outros ditames enfrontanse, igualmente, a supostos nos cales puidese concorrer esta circunstancia, como son os casos dos Ditames 517/2018, do 29 de novembro, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid; 501/2019, do 11 de decembro, do Consello Consultivo de Castela-A Mancha; ou 168/2019, do 13 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña.

108 Neste sentido, Ditame 516/2019, do 11 de xullo, do Consello Consultivo de Andalucía.

artigo 213.3 da LCSP para os casos de resolución por incumprimento culpable das súas obrigas polo contratista.

Aínda que non podemos, para non alongar en exceso este traballo, afondar no seu desenvolvemento, non debemos, unha vez máis, deixar de denunciar a grave imprevisión en que incorre o lexislador de 2017 ao non regular os supostos en que ao incumprimento do contratista causante da resolución do contrato se suma o da Administración contratante¹⁰⁹. O propio Consello de Estado no seu ditame ao anteproxecto de lei propuña, mesmo, a solución que para estas hipóteses podería establecerse, a modulación da incautación da garantía. A súa denuncia sobre a falta de resposta legal a estes supostos non foi, porén, atendida, como non o fora tampouco a súa advertencia no mesmo sentido expresada no Ditame 1270/1993, do 2 de decembro, ao Anteproxecto da Lei de contratos de 1995. Levaba razón o órgano consultivo do Estado na súa chamada de atención sobre a necesidade de regular estas hipóteses e a oportunidade, sexa a que propuña no seu informe ao anteproxecto de lei vixente ou outra en que puidese pensarse, dunha resposta uniforme para elas ante a disparidade de solucións que tradicionalmente se viñeron ofrecendo con apoio, pola súa vez, en argumentos moi diversos¹¹⁰. Os primeiros ditames ditados en procedementos de resolución de contratos en aplicación da Lei de 2017 confirman xa que non estamos ante supostos, nin moito menos, excepcionais e que, ante a súa falta de previsión normativa, se resolven sempre en termos favorables a unha moderación, ou mesmo exclusión, dos efectos hoxe previstos no artigo 213.3 da LCSP que habería que concretar normativamente¹¹¹.

– Os efectos dunha resolución fundada no artigo 211.1.i)

A LCSP non regula as consecuencias propias dunha resolución do contrato por este motivo, polo que estas quedan na máis completa indefinición ante as dificultades existentes, ademais, para unha aplicación supletoria das regras previstas no artigo 213

109 Destaca PL. ROÁS MARTÍN como estes supostos se presentan “con moita frecuencia na práctica da xurisdición contencioso-administrativa, nos que, nunha sorte de reacción ante a desatención pola Administración das súas obrigas contractuais e dun modo análogo ao que puidese darse no ámbito privado, se paraliza a execución das obras ou a realización de traballos por parte do contratista, determinando iso en cambio a concorrencia de causa de resolución imputable a aquel” (“Capítulo VIII. El control jurisdiccional de la contratación pública: Aspectos problemáticos”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 514).

110 Como estudei en *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, cit., pp. 208-277.

111 Poden aquí citarse o ditame do Consello Consultivo de Andalucía 125/2019, do 13 de febreiro, que emite informe favorable sobre a resolución dun contrato de subministración en aplicación do artigo 211.f) da LCSP, pero no que declara non poder compartir “a proposta de incautación de fianza e indemnización de danos e perdas contemplada polo ente local contratante, xa que a dita Administración puido, durante os días de proba do produto, devolvelo tras os primeiros fallos de uso, en lugar de solicitar a súa reparación, reparos que se prorrogaron de forma sucesiva ante o que era unha evidente máquina defectuosa. A conclusión é que procede a resolución contractual e que cada parte se reintegre o entregado á outra parte contratante, segundo o artigo 307.1 da lei de aplicación”. Tamén o Ditame 277/2019, do 27 de xuño, da Comisión Xurídica Asesora de Madrid, considera “analizada a actuación da Administración” que “non se aprecia unha culpa exclusiva da contratista polo que, ao noso xuízo, non procede a incautación da garantía”. Na mesma liña, o Ditame 232/2020, do 8 de outubro, da Comisión Xurídica Asesora de Cataluña, “ante a renuncia unilateral do contratista”, admite a existencia da causa de resolución do artigo 211.1.f), aínda que, ao entendela xustificada, declara que “non resulta de aplicación o artigo 213.3 da LCSP”. Finalmente, o Ditame 45/2020, do 20 de febreiro, do Consello Consultivo de Castela e León, comparte que hai un incumprimento do prazo imputable ao contratista aínda que considera, en termos que non concreta pero que apunta igualmente a unha modulación no efecto de incautación da garantía, que “na determinación das consecuencias da resolución cómpre ter en conta a conduta do promotor e da dirección facultativa”, traducidas nunha serie de irregularidades das cales deixa cumprida constancia.

para outros casos de resolución contractual. En principio, e ao atoparnos ante unha resolución por incumprimento do contratista das súas obrigas, puidese pensarse na súa incardinación no apartado 3 do precepto. Agora ben, non debe ocultarse que na base da disposición establecida nesta norma, prevista para os supostos resolutorios recoñecidos nas letras d) e f) do artigo 211.1, atópanse incumprimentos de natureza moi diferente do que agora nos ocupa, pois, a diferenza dos recollidos nestes apartados, o previsto na letra i) sitúanos ante infraccións do contratista derivadas dunha relación xurídica allea á establecida coa Administración titular do contrato, non ante incumprimentos xurdidos no ámbito da relación contractual, que son aqueles para os que está previsto o artigo 213.3 da LCSP. Non obstante, o Ditame do Consello Consultivo de Andalucía 498/2019, do 4 de xullo, o único que atopamos que emita informe sobre unha proposta de resolución de acordo co artigo 211.1.i) da LCSP, parece apuntar á posible aplicación do dito precepto a estes supostos, ao considerar que, “en canto ás consecuencias da resolución, a proposta contempla a incautación da garantía para atender os danos e perdas que se lle tivesen irrogado á Administración”, consecuencias que “atopan o seu apoio nos apartados 3 e 5 do artigo 213 da LCSP, que as autorizan”, polo que “este Consello as considera procedentes”. Haberá que permanecer atentos a ver se esta interpretación se confirma. Desde logo, a correcta aplicación do artigo 213.3 a estes supostos pasa pola constatación de que o incumprimento do contratista sexa culpable e a existencia de danos causados á Administración con motivo da resolución do contrato. Confiemos en que axiña se diten novos pronunciamentos dos órganos consultivos e sentenzas que clarifiquen, ante a insuficiencia da LCSP, os efectos destes supostos de resolución do contrato, que, polo momento, poden considerarse residuais dentro do conxunto de causas legalmente previstas.

Regap



ESTUDIOS

Bibliografía

- BAÑO, T. e MORALES, R., “La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva Ley de Contratos del Sector público”, *Revista Española de la Función consultiva*, n. 12, 2009.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma”, *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de contratos del sector público de 2017”, *Documentación Administrativa*, n. 6, 2017.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la Ley de contratos del sector público de 2017. En particular, la resolución por incumplimiento del contratista”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 28-29, 2017-2018.

- CANO CAMPOS, T., “La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014.
- CASTILLO BLANCO, F., “Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas: un estado de la cuestión”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014.
- CASTILLO BLANCO, F., “Capítulo XVII. Garantías exigibles en la contratación del sector público”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CEAYALA, A., “La resolución de los contratos en la nueva a ley de Contratos del Sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 14, 2018.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP”, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018.
- COLLADO MARTÍNEZ, R.M^a., “La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista”, *La contratación pública: Problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, www.madrid.org/ccmadrid.
- CUERDA MAS, J., “La renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva”, *Revista CEMCI*, n. 12/13, 2011.
- DE VICENTE, R., “Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 18, 2008.
- ESCRIHUELA MORALES, F.J., *La contratación del sector público, Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*, 5^a ed., La Ley, Madrid, 2018.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *El nuevo régimen de la contratación pública*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010.
- GRUPO DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO, “El procedimiento de resolución contractual: Plazo, suspensión y caducidad”, *Revista de Estudios Locales*, n. 223, 2019.
- GRUPO DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO, “De nuevo sobre la incautación de la garantía ante el incumplimiento culpable: La Sentencia del Tribunal Supremo 3092/2019”, *Revista de Estudios Locales*, n. 265, 2019.
- GUERRERO ANKERSMIT, R., “Comentario al artículo 211”, Recuerda Girela, M.A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2018.

- HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “Capítulo XLI. Prerrogativas, derechos y obligaciones”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- HORGUÉ BAENA, C., “Capítulo XLIII. Modificación de los contratos”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a., “Capítulo XLV. La extinción de los contratos. La resolución”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MIR PUIGPELAT, O., “Contratación administrativa en tiempos de crisis”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009.
- ROÁS MARTÍN, P.L., “Capítulo VIII. El control jurisdiccional de la contratación pública: Aspectos problemáticos”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RUÍZ DAIMIEL, D., “La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. Una crítica a la actual regulación formalista”, *Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión*, octubre de 2016.
- RUÍZ DAIMIEL, D., “Los incumplimientos de las obligaciones laborales por el contratista en determinados contratos de servicios”, *Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión*, enero de 2017.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4^a ed., Iustel, Madrid, 2016.

Regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 37-92
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4634>
© Francisco Javier Sanz Larruga
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 10/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Dereito a unha información sanitaria veraz e a unha boa xestión dos datos epidemiolóxicos. Unha materia pendente en España con motivo do COVID-19

Derecho a una información sanitaria veraz y a una buena gestión de los datos epidemiológicos. Una asignatura pendiente en España con motivo del COVID-19

Right to accurate health information and good management of epidemiological data. A pending issue in Spain due to COVID-19

FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade da Coruña
<https://orcid.org/0000-0003-1045-5888>
fjsanz@udc.es

Resumo: Estudo sobre o réxime xurídico da información sanitaria vixente en España, incluídos os dereitos e obrigas dos cidadáns, así como das distintas administracións públicas. Unha vez estudado o anterior réxime, analízase de xeito crítico como se desenvolveron os principios, dereitos e procedementos do sistema de información pública durante o estado de alarma declarado en España con motivo da propagación do COVID-19. Finalmente, ofrécense algunhas propostas de reforma do grupo normativo na materia ante a experiencia desenvolvida nos primeiros meses da pandemia e baseadas nas críticas realizadas ao actual sistema de información sanitaria.

Palabras clave: dereito á información, COVID-19, información sanitaria, información epidemiolóxica.

60
Regap

Regap



ESTUDIOS

Resumen: Estudio sobre el régimen jurídico de la información sanitaria vigente en España, incluidos los derechos y obligaciones de los ciudadanos, así como de las diferentes administraciones públicas. Una vez estudiado el anterior régimen, se analiza de forma crítica cómo se han desarrollado los principios, derechos y procedimientos del sistema de información pública durante el estado de alarma declarado en España con motivo de la propagación del COVID-19. Finalmente, se ofrecen algunas propuestas de reforma del grupo normativo en la materia ante la experiencia desarrollada en los primeros meses de la pandemia y sobre la base de las críticas realizadas al sistema vigente de información sanitaria.

Palabras clave: derecho a la información, COVID-19, información sanitaria, información epidemiológica.

Abstract: Study on the legal regime of health information in force in Spain, including the rights and obligations of citizens as well as the different Public Administrations. Once the previous regime has been studied, it is critically analyzed how the principles, rights and procedures of the public information system have been developed during the state of alarm declared in Spain due to the spread of COVID-19. Finally, some proposals for reform of the regulatory group on the matter are offered in light of the experience developed in the first months of the pandemic and based on the criticisms made of the current health information system.

Key words: right to information, COVID-19, health information, epidemiological information.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Sistema xeral de información sanitaria no réxime xurídico vixente. En particular, a información epidemiolóxica. 2.1 Acerca da relevancia da información epidemiolóxica para a salvagarda da saúde colectiva nun contorno de incerteza científica. 2.2 O “principio de transparencia” como principio inspirador. 2.3 Os dereitos e deberes dos cidadáns relacionados coa información sanitaria. 2.3.1 Dereitos sanitarios. 2.3.2 Obrigas e deberes sanitarios. 2.4 O “Sistema de información sanitaria epidemiolóxica”: organización, funcións e obrigas das administracións públicas. 2.4.1 O “Sistema de información en saúde pública”. Organización, datos e seguridade da información. 2.4.2 A “vixilancia en saúde pública”. En particular, a “vixilancia epidemiolóxica”; as “redes de vixilancia” e a “Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica”. 2.4.3 A “comunicación en saúde pública” e outras obrigas das administracións públicas. As “Directrices de comunicación de riscos” da OMS de 2018. 2.4.4 O “Centro de Coordinación de Alertas e Emerxencias Sanitarias” como centro coordinador da Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica. 2.4.5 As relacións de colaboración con organizacións científicas e profesionais. Publicidade dos comités de asesoramento e garantías para a súa independencia. 3 Desenvolvemento da información sanitaria e a transparencia no estado de alarma. 3.1 Bases xurídicas do “estado de alarma”. Breve referencia á estrutura organizativa para a xestión do COVID-19. 3.2 Trabas iniciais á transparencia e suspensión de prazos procesuais e administrativos. 3.3 O acceso á información sanitaria e transparencia. 3.4 Unha comunicación pública da crise sanitaria manifestamente mellorable. 3.5 Loita contra desinformación sanitaria e “infodemia” e a protección das liberdades informativas. 3.5.1 Desinformación, “infodemia” e *fake news* sobre COVID-19. Iniciativas desde a OMS e a Unión Europea. 3.5.2 O caso de España: seguridade nacional, desinformación e liberdade de expresión. 4 Cara a un novo sistema de información sanitaria veraz, transparente e aberto, asesorado cientificamente, tecnoloxicamente avanzado e respectuoso coa privacidade. 4.1 Necesidade dunha profunda revisión do sistema de información sanitaria. 4.2 As novas propostas institucionais para a reforma do sistema de información tras o estado de alarma. 4.3 Un goberno aberto, transparente e informado na xestión da información sanitaria. 4.3.1 Un presuposto insubstituíble: a calidade e a xestión dos datos. 4.3.2 Unha comunicación veraz e transparente. 4.3.3 Un órgano independente para o asesoramento científico e técnico. 4.4 O imprescindible recurso á tecnoloxía e a innovación na loita contra o coronavirus. A ponderación entre a protección da saúde e a preservación da privacidade. 4.4.1 Ideas previas sobre a aplicación das tecnoloxías informáticas e telemáticas no control do COVID-19. Intelixencia artificial e *big data*. 4.4.2 Sobre as medidas tecnolóxicas promovidas polo Goberno español a partir do estado de alarma. Especial referencia ao “Radar COVID”. 4.4.3 Cara ao equilibrio entre as medidas tecnolóxicas e a protección da privacidade. Un enfoque desde a saúde. 5 Reflexión final: aprender da crise.

1 Introducción

Cando escribimos estas liñas hai xa case 50 millóns de contaxiados e máis de 1.230.000 falecidos en todo o mundo polo virus SARS-CoV-2 ou COVID-19; e, no caso de España, contabilízanse 1.328.832 contaxiados e 38.833 falecidos, aínda que sobre esta mesma cifra hai, como veremos, unha viva controversia acerca da súa verosimilitude¹. A nosa sociedade avanzada e tecnificada do século XXI sufriu, con motivo desta pandemia mundial –que a Organización Mundial da Saúde non tivo máis remedio que declarar o 11 de marzo de 2020–, unha cura de humildade ante as aínda abundantes incógnitas e incertezas que o coronavirus presenta na actualidade. Unha vulnerabilidade sanitaria tan estendida como inesperada.

Agora tócanos pensar –en palabras do profesor D. FARBER (da UC-Berkeley Law School)– como facer fronte á “incerteza na era do coronavirus”². Para iso, como sinala, D. INNERARITY, “coñecer e designar axeitadamente a natureza da crise é unha condición necesaria para que tomemos as mellores decisións...”, algo que, ante a complexidade da crise sanitaria, só pode facerse cun pensamento sistemático³. “É un problema máis epistemolóxico que epidemiolóxico” e a solución –se é que existe– “é cuestión de intelixencia colectiva, organización e protección pública”, segue dicindo o autor⁴. E, finalmente, o filósofo e director do Instituto Gobernance, recomenda, desde o punto de vista institucional, “un estilo de goberno máis cognitivo e menos ideolóxico”, maior “capacidade colectiva de gobernar a crise” e a “confianza” como “valor clave das institucións”⁵.

No medio de tantas perplexidades e incertezas, o obxecto do noso estudo pode parecer unha aporía: o dereito á información sanitaria nunhas circunstancias en que a información sobre o COVID-19 é abundantísima, pero aínda con moitas incógnitas por revelar. Nun sistema sanitario como o español, o dereito á información sanitaria sufriu un inusitado embate da catástrofe do coronavirus malia que, sobre o papel das normas, as garantías dos cidadáns e o deseño do sistema público de información sanitario está bastante desenvolvido no ordenamento xurídico sanitario do noso país.

-
- 1 Unha das fontes de información máis solventes a escala mundial é a Universidade Johns Hopkins a través do seu Coronavirus Resource Center. Acceso web: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.
 - 2 Da súa colaboración no *Blog LegalPlanet* do 23 de marzo de 2020: “Uncertainty in the Age of Coronavirus”. Como bo experto en dereito ambiental e no dereito dos riscos, ofrece algunhas solucións do campo ambiental, como a achega dos expertos, a análise de escenarios e o recurso ao principio de precaución.
 - 3 Cfr. o seu ensaio *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, Galaxia Gutemberg, Madrid, 2020 (edición dixital), do seu capítulo 1º sobre “complexidade da pandemia”. Sinala o autor que a maior parte das equivocacións se deron por “falta de coñecemento”, “non se fixo o esforzo correspondente” (xeración de saber experto, deliberación colectiva, previsión e estratexia).
 - 4 *Ibidem* do seu capítulo 2º sobre “o final do mundo”. Tamén insiste en que “necesitamos articular unha intelixencia distribuída de xeito disperso e formas de autoorganización coordinada (...) coñecemento compartido e a cooperación”.
 - 5 *Ibidem* do seu capítulo 3º sobre “virus contra o populismo”. Nunha colaboración do mesmo autor para o diario *El País*, titulada “Las certezas que tenemos” (12/08/2020), afirma que agora “as nosas principais controversias xiran arredor de: que ignorancia podemos permitirnos, como podemos reducilas con procedementos de previsión, ou que riscos é oportuno asumir”, “estamos ante o desafío de aprender a xestionar esas incertezas que nunca poden ser completamente eliminadas e transformalas en riscos calculables e en posibilidades de aprendizaxe”; en definitiva, conclúe, “hai que aprender a soportar a incerteza”.

Regap



ESTUDOS

Seguindo as recomendacións epistemolóxicas do profesor INNERARITY, é obrigado nestes momentos –sumidos aínda no fragor da pandemia– promover o coñecemento no campo da saúde e da sanidade públicas co obxectivo de ofrecerlles aos pacientes (sufridores, en moitos casos) cidadáns a mellor información dispoñible. E sen que para iso importe rectificar as prácticas erróneas, pois niso está en xogo recobrar a confianza nas institucións sanitarias e nas mellores orientacións posibles dos cidadáns na xestión desta crise.

Eliximos este tema de estudo non só pola importancia que a información sanitaria presenta ante unha crise sanitaria como esta do COVID-19, senón pola xeneralizada crítica –por parte de profesionais e expertos– que este aspecto concreto da xestión pública desatou desde o comezo no noso país⁶. E isto coa pretensión de analizar como está prevista a información pública no noso ordenamento xurídico e, se é preciso, emprender reformas neste capítulo da saúde pública.

Este traballo está estruturado, principalmente, en tres partes, se excluimos esta “Introdución” (apartado 1), a “Reflexión final” (apartado 5) e a “Bibliografía”: unha primeira parte –obxecto do apartado 2– sobre o “sistema xeral de información sanitaria” no réxime xurídico vixente en España, cunha especial atención á “información epidemiolóxica” na cal nos chama a atención (en contraste coa súa aplicación práctica) a detallada previsión normativa dos seus elementos configuradores e dos dereitos –e as obrigas de información– que están en xogo, e, en particular, o dereito á información sanitaria epidemiolóxica que encabeza o título deste traballo. En segundo lugar, analizamos ao longo do apartado 3 o “desenvolvemento da información sanitaria” no primeiro estado de alarma⁷ –que se prolongou desde o 14 de marzo ata o 21 de xuño de 2020, despois de sucesivas prórrogas (seis) e o desenvolvemento das fases da “desescalada” ou “transición á nova normalidade”–, onde estudamos criticamente os máis relevantes aspectos da información sanitaria neses meses: a transparencia, a comunicación da crise sanitaria e a loita contra a desinformación. E, finalmente, na terceira parte –correspondente ao apartado 4– abordamos os máis importantes aspectos que deben orientar o futuro do sistema de información sanitaria en casos de epidemia como esta e partindo da base de que o sistema require unha profunda revisión, aínda que a regulación vixente é, ao noso xuízo, bastante completa.

6 Como botón de mostra, sinalo as dúas colaboracións publicadas nunha prestixiosa revista médica: GARCÍA-BASTEIRO, A., ÁLVAREZ-DARDET, C., BENGÓA, R., BORREL, C., DEL VAL, M., *et al.*, “The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain”, *The Lancet*, 6 de agosto de 2020; e TRIAS-LLIMÓS, S., ALUSTIZA, A., PRATS, C., TOBIAS, A. e RIFFE, T., “The need for detailed COVID-19 data in Spain”, *The Lancet*, vol. 5, n. 11, 2020.

7 O segundo estado de alarma foi declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, que, pola súa vez, foi posteriormente prorrogado en virtude do Real decreto 956/2020, do 3 de novembro de 2020, por un período de seis meses, desde as 00.00 horas do 9 de novembro ata as 00.00 horas do 9 de maio de 2021.

2 Sistema xeral de información sanitaria no réxime xurídico vixente. En particular, a información epidemiolóxica

2.1 Acerca da relevancia da información epidemiolóxica para a salvagarda da saúde colectiva nun contorno de incerteza científica

Na súa monografía sobre o “marco xurídico da protección fronte ás epidemias e outros riscos sanitarios” e, máis concretamente, ao tratar do principio de transparencia como un dos “principios básicos da protección da saúde colectiva”, o profesor CIERCO SEIRA pon de manifesto a importancia que para a salvagarda da saúde colectiva ten a información sanitaria⁸; e sinala ademais que: “non cabe dúbida de que a intervención da Administración na procura deste obxectivo (salvagarda da saúde colectiva) está moi condicionada pola cantidade e a calidade da información que sexa capaz de obter, recompilar, ordenar, analizar e interpretar. Só grazas a un acervo informativo completo sobre os problemas de saúde que con carácter xeral afectan á poboación pode confeccionarse máis tarde unha política de saúde pública verdadeiramente eficaz”⁹. E, dentro deste caudal de información sanitaria, segue dicindo o autor, “cobra un particular interese a denominada “información epidemiolóxica”¹⁰.

Atento agora aos beneficios que lle reporta á saúde pública a información epidemiolóxica, o profesor CIERCO SEIRA destaca os seguintes:

1º. “esta información permite coñecer *cales son os problemas de saúde* que afectan a unha poboación determinada, nun momento dado, e nunha área específica concreta”¹¹;

2º. “serve para illar as causas ou os factores que se mostran como posibles determinantes das enfermidades”¹², tanto de forma estática como dinámica,

3º. é de “grande utilidade para levar a cabo a planificación das políticas de saúde pública”¹³;

4º. “serve (...) para avaliar *a posteriori* ou “monitorizar” (...) o grao de eficacia das medidas e accións emprendidas pola Administración”¹⁴;

8 Cfr. CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

9 *Ibidem*, p. 55.

10 *Ibidem*. Amparándose no concepto vixente de “epidemioloxía”, a información epidemiolóxica “engloba o conxunto da información relativa aos problemas de saúde da poboación e aos determinantes que inciden sobre ela”.

11 *Ibidem*, p. 56.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*, p. 57. Engade a este respecto: a “información, á par que facilita os datos sobre os problemas de saúde da poboación, ofrece a posibilidade de xerarquizalos, revelando cales son as necesidades que en cada momento deben atenderse con maior prioridade”.

14 *Ibidem*.

5º. a “detección precoz” que permite “detectar os gromos de enfermidades e evitar, con intervención rápida, que se convertan en epidemia”¹⁵.

Volvendo ao principio, a axeitada xestión da información epidemiolóxica “trae como correlato natural a exigencia dunha axeitada transparencia” no seu uso e manipulación”¹⁶.

Agora ben, na procura de información sobre o COVID-19 na cal se require, polo tanto, a “apelación á ciencia”, é importante subliñar, como fai ESTEVE PARDO¹⁷, a “espesa incerteza que sobrevoa un risco de extrema gravidade para a saúde” e que, polo tanto, a dita apelación á ciencia se leva a cabo nun “contorno de incerteza científica”¹⁸. O COVID constitúe un risco que cómpre regular e xestionar, e, para tal fin, tomar decisións tras o coñecemento que se vaia adquirindo¹⁹. Ao carecer do suficiente coñecemento experto sobre o COVID-19, o coñecemento “debe adquirirse entón en plena epidemia, en vivo”²⁰. Ante esta situación e dado que se teñen que adoptar medidas para evitar danos á saúde, as “estratexias desenvolvidas polo dereito para decidir en situacións de incerteza científica” son, segundo o profesor ESTEVE PARDO, dúas:

1ª. A “estratexia externa, cientifista, de decisión da incerteza”, que pode sintetizarse do seguinte xeito:

– Está baseada no “principio de precaución”, principio xurídico empregado en contornos de incerteza científica ante riscos para a saúde e para o medio ambiente²¹.

– Dado que ante a incerteza e os riscos despregados é necesario exceptuar o réxime xurídico aplicable, outro principio, o de “proporcionalidade”, aparece con grandes potencialidades, obrigando a ponderar as medidas que cómpre adoptar en atención aos posibles danos²².

– A situación de excepcionalidade leva consigo, así mesmo, “unha marcada vocación de provisionalidade” das medidas que se adopten e coa necesidade de volver á normalidade do dereito cando desapareza a incerteza²³.

2ª. A “estratexia interna de decisión sobre certezas e referencias construídas, de ficción” (“autorreferencial”), baseada, como di ESTEVE PARDO, en presuncións tanto de tipo procedemental como institucional, de maneira que, no contorno de incerteza, “non se lles pode pedir aos órganos políticos ou administrativos competentes o don da profecía para que acerten nas súas decisións”, pero “o que si resulta exixible é que

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*, p. 58.

17 ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020, pp. 35-50.

18 *Ibidem*, p. 36.

19 O profesor ESTEVE PARDO distingue tres fases na regulación do risco: “a decisión sobre o risco permitido”, “a xestión dese risco” (unha fase centrada tamén na adquisición de coñecementos) e “o tratamento das responsabilidades polos danos e perdas que das anteriores fases poidan derivar” (“La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, cit. *loc. cit.*, p. 38).

20 *Ibidem*, p. 38.

21 *Ibidem*, p. 40.

22 *Ibidem*, p. 41.

23 *Ibidem*, pp. 43 e 44.

esas decisións se atean a unhas certas referencias institucionais e procedementais para reforzar a lexitimidade das súas decisións e non tanto o seu acerto científico”²⁴:

– Desde o punto de vista institucional, trátase de crear un “órgano”, “instituto”, “comité científico”, “previamente definido e institucionalizado” ao que se lle outorga a “lexitimidade”, aínda que non garante o acerto científico; “un órgano integrado por expertos moi cualificados para extraer del a necesaria presunción de autoridade científica para dar cobertura ás decisións políticas ou administrativas en situacións de incerteza”.

– Desde o punto de vista procedemental, fai falta un mínimo de regulación para a solicitude dos informes, a accesibilidade a estes, etcétera.

Nas páxinas que seguen imos intentar ofrecer as bases xurídicas do sistema de información sanitaria vixente en España, que se atopa principalmente na Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública (en diante, LXSP). Chama a atención a densidade normativa desta función informativa da sanidade que nos obriga a desenvolver con algún detalle os principais elementos configuradores do seu réxime xurídico.

2.2 O “principio de transparencia” como principio inspirador²⁵

Dous anos antes da promulgación da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, a LXSP incluíu entre os seus principios inspiradores o de “transparencia”, establecendo no seu artigo 3.f) que “as actuacións de saúde pública deberán ser transparentes” e ademais que “a información sobre estas deberá ser clara, sinxela e comprensible para o conxunto dos cidadáns”.

Outro dos principios orientadores da acción en materia de saúde pública, o “principio de precaución”, recollido no artigo 3.d) da LXSP, en virtude do cal “a existencia de indicios fundados dunha posible afectación grave da saúde da poboación, mesmo cando houberse incerteza científica sobre o carácter do risco, determinará a cesación, prohibición ou limitación da actividade sobre a que concorran”, pode ter relación coa información sanitaria en que, en moitas ocasións (como a da pandemia do coronavirus), está afectada de “incerteza científica”; e na súa aplicación integrada co principio de transparencia pode implicar que a falta de certeza dea lugar a lexitimar decisións públicas de prohibición ou limitacións de determinadas actividades (como, por exemplo, a celebración de reunións ou manifestacións públicas)²⁶.

24 *Ibidem*, pp. 46 e 47.

25 Para o profesor CIERCO SEIRA, o principio de transparencia é un dos principios básicos da protección da saúde (*Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., pp. 53-74). Ao estudalo na súa monografía permítelle tratar todos os aspectos que teñen que ver coa información sanitaria, salvo “as técnicas de información”, que as trata no apartado relativo ás “formas de actuación administrativa” (cfr. as súas pp. 176-184).

26 CIERCO SEIRA pon de manifesto as múltiples conexións que poden darse entre os principios. Así, por exemplo, refírese ao caso en que “a potenciación de todo tipo de fontes de información relacionada cos problemas de saúde a que leva a transparencia ten moito que ver coa vixencia do principio de precaución preocupado como está na aparición de novos factores de risco” (*Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 88).

2.3 Os dereitos e deberes dos cidadáns relacionados coa información sanitaria

A LXSP prevé dous tipos de dereitos dos cidadáns en relación coa información sanitaria: o “dereito á información” (art. 4) e o “dereito á intimidade e confidencialidade” (art. 7). A regulación destes dereitos na LXSP debe ser complementada coa Lei 41/2002, do 14 de novembro, básica reguladora da autonomía do paciente e de dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica (en diante, LBRAP). Está claro que un dos máis relevantes problemas xurídicos que se despregan arredor da información é, como afirma CIERCO SEIRA, “o tratamento dos datos epidemiolóxicos na súa vertente de datos persoais especialmente afectos á intimidade das persoas”²⁷; por tal motivo, comprobaremos a firme aposta do ordenamento xurídico na súa protección.

2.3.1 Dereitos sanitarios

2.3.1.1 Dereito á información sanitaria

En canto ao “dereito á información” –que constitúe unha translación do dereito fundamental recoñecido no artigo 20.1.d) da Constitución española– “en materia de saúde polas administracións competentes”, recoñéceselles –no referido artigo 4 da LXSP– non só aos “cidadáns” individualmente considerados, senón tamén ás “organizacións en que se agrupen ou que os representen”, ben que “coas limitacións previstas na normativa vixente”. Sobre o contido deste “dereito á información”, o artigo 4 da LXSP desenvolve e concreta os seus contidos²⁸:

1º. “Sobre os dereitos que lles outorga esta lei” (art. 4.a).

2º. “Sobre as actuacións e prestacións de saúde pública, o seu contido e a forma de acceder a estas” (art. 4.b).

3º. “Sobre os condicionantes de saúde como factores que inflúen no nivel de saúde da poboación e, en particular, sobre os riscos biolóxicos, químicos, físicos, ambientais, climáticos ou doutro carácter, relevantes da saúde da poboación e sobre o seu impacto” (art. 4.c), engadindo a este precepto que, “se o risco é inmediato, a información se proporcionará con urxencia” (art. 4.c) *in fine*). Suposto este de información de riscos que se aplica, polo tanto, sobre os riscos producidos pola pandemia do coronavirus.

4º. E, en canto ao formato da información, o artigo 4.d) dispón que a información “se facilitará desagregada, para a súa comprensión en función do colectivo afectado, e estará dispoñible nas condicións e no formato que permita a súa plena accesibilidade ás persoas con discapacidade de calquera tipo”. Polo tanto, insístese en que a

27 CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 62.

28 Sobre os antecedentes do dereito á información sanitaria, cfr. o traballo de BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 3, n. 1, 1995, pp. 171-192. No estudo sobre o dereito á información na Lei 14/1986, o autor conclúe botando en falta a súa configuración como “dereito subxectivo do dereito dos cidadáns á educación sanitaria e á información sanitaria de carácter epidemiolóxico” (p. 192).

información sanitaria ao público ten que ser comprensible para a cidadanía e accesible para todas aquelas persoas que sofren algunha discapacidade que os limita no seu acceso á información, información que, como é natural, en pleno século XXI, debe estar dispoñible a través de Internet.

Pola súa banda, a LBRAP desagrega o “dereito da información” en dúas modalidades de dereitos, de acordo co seu contido informativo:

1º. “Dereito á información asistencial” – recollido no artigo 4 da LBRAP– que se lles recoñece aos “pacientes” ou ás persoas vinculadas con el (cfr. art. 5 LBRAP sobre o “titular do dereito á información asistencial”) sobre “calquera actuación no ámbito da saúde” (en xeral, é a chamada “información clínica”) e é obriga de facilitala polos médicos responsables²⁹.

2º. O “dereito á información epidemiolóxica”, que, conforme o disposto no artigo 6 da LBRAP, é o recoñecido aos “cidadáns”, e que consiste en “coñecer os problemas sanitarios da colectividade cando impliquen un risco para a saúde pública ou para a súa saúde individual, e o dereito a que esta información se difunda en termos verdadeiros, comprensibles e axeitados para a protección da saúde...”.

2.3.1.2 Dereito á intimidade e á confidencialidade

Polo que se refire ao “dereito á intimidade e confidencialidade”, o artigo 7 da LXSP, dunha parte, dispón que, “en relación coa súa participación en actuacións de saúde pública”, “todas as persoas teñen dereito ao respecto (...) á intimidade persoal e familiar” (art. 7.1), pero o apartado 2 do mesmo artigo 7 refírese especificamente a esta intimidade sobre “a información persoal que se empregue nas actuacións de saúde pública”; para completar o seu réxime xurídico, ademais da base constitucional contida no artigo 18 da Constitución española (sobre recoñecemento do dereito fundamental á intimidade persoal e familiar e ao límite do “uso da informática” para garantir o dito dereito), a LXSP remite expresamente ao establecido pola Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal (que hoxe debe substituírse pola vixente Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos e garantía dos dereitos dixitais). Pola súa banda, a LBRAP regula concisamente o “dereito á intimidade” no seu artigo 7, incidindo na garantía para o acceso limitado a estes³⁰; nesta dirección orientase o principio básico contido no artigo 2.7 da mesma

29 Esta información ten gran relevancia para poder respectar a “autonomía do paciente” –que se regula ao longo dos artigos 8 a 13 da LBRAP– e que é a base do chamado “consentimento informado”, definida no artigo 3 da LBRAP como “a conformidade libre, voluntaria e consciente dun paciente, manifestada no penoso uso das súas facultades despois de recibir a información axeitada para que teña lugar unha actuación que afecta á súa saúde”. Por conseguinte, o consentimento informado é obrigatorio para que poida desenvolverse toda actuación no ámbito da saúde dun paciente. Non obstante, o dito coñecemento informado ten os seus límites –previstos ao longo do artigo 9 da LBRAP–; así, por exemplo, “cando existe risco para a saúde pública” a causa de razóns sanitarias establecidas por lei” e, en todo caso, “unha vez adoptadas as medidas pertinentes, de conformidade co establecido na Lei orgánica 3/1986, comunicaráselle á autoridade xudicial no prazo máximo de 24 horas sempre que dispoñan o internamento obrigatorio de persoas” (cfr. art. 9.2.a) LBRAP); en tales casos, “os facultativos poderán levar a cabo as intervencións clínicas indispensables a favor da saúde do paciente, sen necesidade de contar co seu consentimento...”. Sobre a “historia clínica”, que é un instrumento fundamental para a información sanitaria dos pacientes e usuarios de servizos sanitarios, cfr. a súa regulación desenvolvida nos artigos 14 a 19 da LBRAP.

30 O referido artigo 7 dispón que: “1. Toda persoa ten dereito a que se respecte o carácter confidencial dos datos referentes á súa saúde, e a que ninguén poida acceder a eles sen autorización previa amparada pola lei.

LBRAP: “a persoa que elabore ou teña acceso á información e á documentación clínica está obrigada a gardar a reserva debida”.

O artigo 4,2 da LXSP –sobre “datos básicos e comunicación da información”– puntualiza que “o acceso á información por parte dos usuarios se realizará nos termos establecidos nesta lei e nas súas disposicións de desenvolvemento”.

2.3.2 Obrigas e deberes sanitarios

Por último, en canto aos deberes xurídicos dos cidadáns, o artigo 9.1 da LXSP establece unha obriga xurídica de información para os cidadáns en xeral: a de pór en coñecemento das autoridades sanitarias “feitos, datos ou circunstancias que puidesen constituír un risco ou perigo grave para a saúde da poboación”. Pola súa banda, o artigo 2.5 da LBRAP recolle entre os seus “principios básicos” o que se proxecta sobre os pacientes e usuarios (dos centros e servizos sanitarios, públicos e privados) e, en particular, o “deber de facilitar os datos sobre o seu estado físico ou sobre a súa saúde de xeito leal e verdadeiro, así como colaborar na súa obtención, especialmente cando sexan necesarios por razóns de interese público ou con motivo da asistencia sanitaria”. Esta última obriga é de gran relevancia no caso dunha pandemia como a do COVID-19 para evitar, en atención á súa potencialidade contaxiosa, a dispersión da enfermidade.

2.4 O “Sistema de información sanitaria epidemiolóxica”: organización, funcións e obrigas das administracións públicas

2.4.1 O “Sistema de información en saúde pública”. Organización, datos e seguridade da información

Ao longo do capítulo IX da LXSP régulase o réxime xurídico do sistema de información pública. Así, conforme o seu artigo 40.1, deben integrarse no referido “sistema de información en saúde pública” non só os “sistemas de información en materia de saúde pública” (propriadamente ditos), senón tamén aqueles sistemas “cuxa información sexa relevante na toma de decisións nesta materia, con independencia da súa titularidade...”³¹. E, dado que a información susceptible de integrar o repetido “sistema de información”, a propia lei no seu artigo. 40.2 preocúpase de garantir a compatibilidade e interoperabilidade dos sistemas públicos de información e, para tal fin, remite ao disposto no capítulo V da Lei 16/2003, do 28 de maio, de cohesión e

2. Os centros sanitarios adoptarán as medidas oportunas para garantir os dereitos a que se refire o apartado anterior, e elaborarán, cando proceda, as normas e os procedementos protocolizados que garantan o acceso legal aos datos dos pacientes”.

31 O apartado 3º do mesmo artigo 40 da LXSP describe unha serie de contidos que “como mínimo” deben integrar o “sistema de información en saúde pública”, en particular: “a) As estatísticas, rexistros e enquisas que midan os condicionantes da saúde: educación, situación social, situación laboral, contorno físico e ambiental, incluídos os cambios no clima, seguridade, demografía, economía, servizos, recursos sanitarios, presenza de contaminantes nas persoas e calquera outra variable que o coñecemento científico e as necesidades da Administración sanitaria fagan necesaria. b) As estatísticas, rexistros e enquisas que midan a saúde, a calidade de vida e o benestar da poboación. c) A información sobre políticas e sobre actuacións de saúde pública en todos os ámbitos de acción”.

calidade do sistema nacional de saúde”³². Correspóndelle ao “Consello Interterritorial do Sistema Nacional de saúde” “aprobar a información sobre saúde pública que se inclúa no sistema de información...”³³.

Segundo a mesma Lei 16/2003, o “sistema de información sanitaria do Sistema Nacional de Saúde” – dependente do Ministerio de Sanidade– debe garantir “a dispoñibilidade da información e comunicación recíprocas entre as administracións sanitarias” (as comunidades autónomas, a Administración xeral do Estado e as entidades xestoras da Seguridade Social)³⁴, e, para tal fin, o Consello Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde acordará “os obxectivos e contidos da información”³⁵; tamén se prevé a “Rede de comunicacións do Sistema Nacional de Saúde” do Ministerio de Sanidade, “a través da utilización preferente das infraestruturas comúns de comunicacións e servizos telemáticos das administracións públicas” (art. 54 da Lei 16/2003³⁶); ademais, o seu artigo 55 establece que o sistema de información sanitaria “contemplará especificamente a realización de estatísticas para fins estatais en materia sanitaria...”.

A xeito de homologación internacional, o artigo 40.4 da LXSP establece que “o sistema de información de saúde estará integrado por indicadores baseados, entre outros, nos criterios da Organización Mundial da Saúde e da Unión Europea”. A este respecto, o Regulamento Sanitario Internacional da Organización Mundial da Saúde (na súa 2ª edición de 2005) contén unha serie de criterios que deben ter en conta todos os Estados, en particular polo que se refire á información das disposicións do título II sobre “Información e resposta de saúde pública” (arts. 15-18). Pola súa banda, a Unión Europea elaborou, mediante a “Acción común para a supervisión dos

Regap



ESTUDIOS

32 Neste capítulo V regúlase o “sistema de información sanitaria”, distinguindo, dunha parte, o “sistema de información sanitaria” propiamente dito; doutra parte, a “tarxeta sanitaria individual” (cfr. o seu art. 57); e, finalmente, o “Instituto de Información Sanitaria”, encargado de “recoller, elaborar e distribuír a información que responda ás necesidades do Sistema Nacional de Saúde, con criterios de transparencia e obxectividade da información xerada, de acordo coas directrices que para a súa utilización establece o Consello Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde” de “recoller datos procedentes doutras fontes, tanto nacionais como internacionais, co fin de complementar a información intrínseca ao Sistema Nacional de Saúde, posibilitar o establecemento de correlacións, así como facilitar a comparabilidade con outros ámbitos”, e velar “pola integridade e seguridade dos datos confiados” (cfr. arts. 58.2, 58.3 e 58.4).

33 O mesmo precepto remítese ao xa referido capítulo V da Lei 16/2003 para definir “un conxunto de datos básicos nas condicións e requisitos” establecidos polo dito capítulo legal.

34 Cfr. artigo 53.5 da Lei 16/2003.

35 No mesmo artigo 53.1 da Lei 16/2003 especificáanse os colectivos para os que se orientan os contidos do sistema de información (autoridades sanitarias, profesionais, cidadáns e organizacións e asociacións no ámbito sanitario). Para lograr a “máxima fiabilidade da información que se produza”, o artigo 53.3 prevé que o Ministerio de Sanidade establece a “definición e normalización de datos e fluxos, a selección de indicadores e os requirimentos técnicos necesarios para a integración da información...” Por último, o mesmo artigo 53 no seu apartado 6 exige que a “cesión de datos, incluídos aqueles de carácter persoal necesarios para o sistema de información sanitaria, estea suxeita á lexislación en materia de protección de datos de carácter persoal...”

36 Neste mesmo artigo 54, como no 56 da citada Lei 16/2003, hai unha nutrida referencia aos medios de comunicación electrónica e telemática, así como ao uso de certificados e sinaturas electrónicas que hoxe hai que remitir ao contido do réxime da “administración electrónica” das Leis 39/2015 e 40/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas e do réxime xurídico do sector público, respectivamente. Máis concretamente, cfr. os artigos 155 (transmisións de datos entre administracións públicas) e o artigo 156 (Esquema Nacional de Interoperabilidade e Esquema Nacional de Seguridade) da Lei 40/2015.

indicadores sanitarios da Comunidade Europea”, unha lista de 88 indicadores (indicadores esenciais europeos de saúde, ECHI)³⁷.

Incidindo na organización dos sistemas de información sanitaria, o artigo 41.1 da LXSP establece que as autoridades sanitarias, co fin de asegurar a mellor tutela da saúde da poboación, poderán requirir “aos servizos e profesionais sanitarios informes, protocolos e outros documentos con fins de información sanitaria”. Ademais, prevese o suposto do “tratamento dos datos persoais, relacionados coa saúde” sen que se necesite o consentimento das persoas afectadas, así como “a súa cesión a outras administracións sanitarias” “cando iso sexa estritamente necesario para a tutela da saúde da poboación” (cfr. art. 41.2 LXSP)³⁸.

O tratamento de datos sen o consentimento do titular de carácter excepcional tamén se considera no Regulamento (UE) 2016/679 de protección de datos (en diante RXPDP); así, segundo o seu artigo 9, é lícito o tratamento de “datos relativos á saúde”³⁹ cando concorran determinadas circunstancias como as previstas na súa letra i): cando “o tratamento é necesario por razóns de interese público no ámbito da saúde pública, como a protección fronte a ameazas transfronteirizas graves para a saúde, ou para garantir elevados niveis de calidade e de seguridade da asistencia sanitaria e dos medicamentos ou produtos sanitarios, sobre a base do dereito da Unión ou dos Estados membros que estableza medidas axeitadas e específicas para protexer os dereitos e liberdades do interesado, en particular o segredo profesional”⁴⁰.

En aplicación a España do repetido Regulamento da UE, a disposición adicional 17^a da Lei orgánica 3/2018 prevé un réxime particular para o tratamento dos datos relacionados coa saúde e de datos xenéticos, e, no relativo á “investigación en saúde”, prevese que: “As autoridades sanitarias e institucións públicas con competencias en vixilancia da saúde pública poidan levar a cabo estudos científicos sen o consentimento dos afectados en situacións de excepcional relevancia e gravidade para a saúde

37 Na Unión Europea existe un “Grupo de Expertos de Información Sanitaria” (RGHI) e unha “Acción conxunta sobre información sanitaria” que se puxo en marcha o 28 de marzo de 2018.

38 O apartado 3º do mesmo artigo 41 precisa que “as persoas públicas ou privadas lle cederán á autoridade sanitaria, cando así se lles requira, os datos de carácter persoal que resulten imprescindibles para a toma de decisións en saúde pública, de conformidade co establecido na Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal. En calquera caso, o acceso ás historias clínicas por razóns epidemiolóxicas e de saúde pública someterase ao disposto no apartado 3 do artigo 16 da Lei 41/2002, do 14 de novembro, básica reguladora da autonomía do paciente e de dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica”. Este artigo 16.3 –que foi modificado pola Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais– establece as condicións de acceso á historia clínica (por exemplo, con “fins epidemiolóxicos”), obrigando a preservar os datos de identificación do paciente; ademais “cando iso sexa necesario para a prevención dun risco ou perigo grave para a saúde da poboación, as administracións sanitarias a que se refire a Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, poderán acceder aos datos identificativos dos pacientes por razóns epidemiolóxicas ou de protección da saúde pública”, e engade que, en tal caso, “o acceso deberá ser realizado, en todo caso, por un profesional sanitario suxeito ao segredo profesional ou por outra persoa suxeita, así mesmo, a unha obriga equivalente de segredo, logo de motivación por parte de Administración que solicítase o acceso a datos”.

39 Segundo o artigo 4.15 do Regulamento (UE) 2016/679, enténdese por “datos relativos á saúde”: “datos persoais relativos á saúde física ou mental dunha persoa física, incluída a prestación de servizos de atención sanitaria, que revelen información sobre o seu estado de saúde”.

40 O considerando 46 do Regulamento (UE) 2016/679, sobre a licitude de tratamento de datos de saúde fóra das condicións ordinarias (que requiren o consentimento do afectado), establece: “certos tipos de tratamento poden responder tanto a motivos importantes de interese público como aos intereses vitais do interesado, como por exemplo cando o tratamento é necesario para fins humanitarios, incluídos o control de epidemias e a súa propagación, ou en situacións de emerxencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturais ou de orixe humana”.

pública” (apartado 2.b) da disposición adicional 17^a). Ademais, na mesma disposición adicional contéñense unha serie de condicións para o tratamento de datos persoais con fins de investigación en saúde, como a súa reutilización, “pseudonimización”, informes dos comités de ética, etcétera.

Por último, o artigo 43 da LXSP exige que “en todos os niveis do sistema de información en saúde pública se adoptarán as medidas necesarias” para garantir a seguridade dos datos”⁴¹.

2.4.2 A “vixilancia en saúde pública”. En particular, a “vixilancia epidemiolóxica”, as “redes de vixilancia” e a “Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica”

A importancia da “información epidemiolóxica” ponse de relevo na mesma Lei xeral de sanidade ao recoñecer no seu artigo 8.1: “Considérase como actividade fundamental do sistema sanitario a realización dos estudos epidemiolóxicos necesarios para orientar con maior eficacia a prevención dos riscos para a saúde, así como a planificación e a avaliación sanitarias, debendo ter como base un sistema organizado de información sanitaria, vixilancia e acción epidemiolóxica”⁴².

Un apartado moi relevante da información epidemiolóxica é o relativo á vixilancia en saúde pública, á que se dedica o capítulo 1º do título II da LXSP. En efecto, en primeiro lugar, o artigo 12.1 da LXSP define en que consiste esta actuación de saúde pública: “o conxunto de actividades destinadas a recoller, analizar, interpretar e difundir información relacionada co estado da saúde da poboación e os factores que a condicionan, co obxecto de fundamentar as actuacións de saúde pública”. Para estes efectos, o apartado 2 do mesmo artigo 12 enumera algúns dos factores e condicionantes que cómpre ter en conta para a función de vixilancia sanitaria; así, por exemplo, os riscos (os ambientais, os relacionados co traballo, os alimentarios) (cfr. os seus apartados 2º, 3º e 4º), “as enfermidades transmisibles, incluídas as zoonoses e as enfermidades emerxentes” (apartado 6º), “os problemas de saúde relacionados co tránsito internacional de viaxeiros e bens” (apartado 7º), etcétera.

O artigo 12.3 da LXSP describe superficialmente as funcións da “vixilancia”: “uns sistemas de alerta precoz e resposta rápida para a detección e avaliación de incidentes, riscos, síndromes, enfermidades e outras situacións que poden supor unha ameaza para a saúde da poboación”.

Desde o punto de vista competencial, segundo o artigo 40.12 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade (en diante, LXS), “a Administración do Estado” –aínda que “sen menoscabo das competencias das comunidades autónomas”– desenvolverá: “Os servizos de vixilancia e análises epidemiolóxicas e das zoonoses, así como a coordinación dos servizos competentes das distintas administracións públicas sanitarias,

41 De novo témonos que remitir aquí ao artigo 156 da Lei 40/2015 sobre o Esquema Nacional de Seguridade”, desenvolvido en virtude do Real decreto 3/2010, do 8 de xaneiro, modificado polo Real decreto 951/2015. Doutra parte, o mesmo artigo 43 da LXSP, no seu apartado 2º, recolle unha típica exigencia dos sistemas de seguridade de que “os traballadores de centros e servizos públicos e privados e os que por razón da súa actividade teñan acceso aos datos do sistema de información están obrigados a manter o segredo”.

42 O artigo 18.13 da mesma LXS recolle entre unha das actuacións sanitarias a desenvolver polas administracións: “a difusión da información epidemiolóxica xeral e específica para fomentar o coñecemento detallado dos problemas de saúde”.

nos procesos ou situacións que supoñan un risco para a saúde de incidencia e interese nacional ou internacional”. E as competencias das comunidades autónomas e das entidades locais⁴³ nesta materia están recoñecidas no artigo 12.4 da LXSP: “asegurarán no ámbito das súas competencias que os respectivos sistemas de vixilancia en saúde pública cumpren en todo momento coas previsións desta lei” e tamén “deberán proporcionar a información que estableza a normativa nacional e internacional, coa periodicidade e desagregación que en cada caso se determine”.

Non conforme a LXSP co establecemento dos servizos de vixilancia en saúde pública, o seu artigo 15 (sobre “recursos para a saúde pública”) contén unha disposición un tanto voluntarista para a promoción dos servizos de saúde (entre eles, o da vixilancia): “As administracións sanitarias públicas favorecerán a existencia de infraestruturas axeitadas para as actividades de saúde pública, que comprenden os laboratorios e demais instalacións e recursos físicos (empregados públicos) e virtuais dos servizos de saúde pública, que cubran as necesidades específicas en materia de saúde pública e aseguren a calidade dos servizos...”⁴⁴.

Como sinala CIERCO SEIRA, “co fin de obter datos relativos aos problemas de saúde da poboación e aos seus factores e condicionantes, a Administración conta para si cunha serie de fontes e dispositivos destinados, especificamente, á produción de información de carácter epidemiolóxico. Entre estes dispositivos, destacan as denominadas redes de vixilancia epidemiolóxica, cuxa misión non é outra que a recollida de datos de saúde colectiva de forma sistemática e continuada, a súa ordenación, análise e interpretación”⁴⁵.

En España, a “Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica” creouse, para satisfacer as exixencias da Unión Europea, en 1995⁴⁶. Efectivamente, en virtude do Real decreto 2210/1995 –que é unha norma de carácter básico (cfr. a súa disposición adicional única)–, fundouse a dita Rede Nacional sobre a base do modelo descentralizado, integrando as redes de vixilancia das comunidades autónomas, baixo a coordinación do “Centro Nacional de Epidemioloxía”, dependente do Ministerio de Sanidade e, pola súa vez, integrado no Instituto de Saúde Carlos III. A “Rede Nacional” –que está ao servizo do “Sistema Nacional de Saúde”– forma parte dunha “Rede europea de vixilancia epidemiolóxica e de control das enfermidades transmisibles” creada en 1998⁴⁷.

43 A base legal das competencias municipais sobre “protección da salubridade pública” atópase no artigo 25.2.j) da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.

44 Engade a mesma disposición que: “Así mesmo, as administracións sanitarias públicas desenvolverán regulamentariamente o réxime específico de incentivos e axudas públicas no ámbito da saúde pública, que fomente a capacitación e cooperación das persoas físicas e xurídicas coa materia, baseado en principios de publicidade, eficacia, transparencia e control, de acordo cos obxectivos desta lei”.

45 Cfr. CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 58.

46 Como sinala CIERCO SEIRA, desde a década dos noventa, varias instancias da Unión Europea viñan insistindo na necesidade de mellorar e intensificar a colaboración entre os Estados membros da vixilancia das enfermidades transmisibles (cfr. *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 58).

47 Esta “Rede de vixilancia” creouse en virtude da Decisión n. 2119/98/CE do Parlamento Europeo e do Consello, que foi derrogada e substituída pola Decisión n. 1082/2013/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 22 de outubro, sobre as ameazas transfronteirizas graves para a saúde. A nova decisión reactivou a rede para a vixilancia epidemiolóxica das enfermidades transmisibles e dos problemas sanitarios especiais relacionados. Así mesmo, ditou normas sobre os datos

Segundo o citado RD 2210/1995, a constitución da “Rede nacional de vixilancia epidemiolóxica” (RENAVE) “permite a recollida e a análise da información epidemiolóxica co fin de poder detectar problemas, valorar os cambios no tempo e no espazo, contribuír á aplicación de medidas de control individual e colectivo dos problemas que supoñan un risco para a saúde de incidencia e interese nacional ou internacional e difundir a información aos seus niveis operativos competentes”. Entre as súas funcións están as seguintes:

“1. Identificación dos problemas de saúde de interese supracomunitario en termos de epidemia, endemia e risco.

2. Participación no control individual e colectivo dos problemas de saúde de interese supracomunitario, garantindo, de forma precisa, o enlace entre vixilancia e toma de decisións para prevención e control por parte das autoridades sanitarias competentes.

3. Realización da análise epidemiolóxica, dirixida a identificar os cambios nas tendencias dos problemas mencionados no apartado anterior, así como outras investigacións epidemiolóxicas.

4. Achega de información operativa para a planificación.

5. Difusión da información aos niveis operativos competentes (...)” (art. 2 do RD).

O “sistema básico da Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica” está composto dos seguintes elementos⁴⁸:

1º. A “Declaración obrigatoria de enfermidades” (cfr. arts. 9 a 14 do RD 2210/1995): no anexo I do RD relaciónase a listaxe de enfermidades de declaración obrigatoria⁴⁹ e na súa regulación detállanse os aspectos temporais, materiais e formais de recollidas de datos ou casos que as comunidades autónomas deben proporcionar ao Ministerio de Sanidade. En todo caso, “a información deberá ser presentada de forma que permita a homoxeneidade e a comparabilidade das diferentes unidades territoriais” (art. 12 *in fine* do RD).

2º. As “situacións epidémicas e gromos” (cfr. arts. 15–21 do RD 2210/1995): identifícanse os supostos de “gromos” ou “situacións epidémicas” (incluídos os de “interese supracomunitario”), sobre a obrigatoriedade, se é o caso, de declaralos con carácter

e a información que as autoridades nacionais competentes deben comunicar, e estableceu a coordinación continuada da rede polo Centro Europeo para a Prevención e o Control das Enfermidades (ECDC). Este centro europeo, creado en 2005, ten como obxectivo reforzar as defensas de Europa contra as enfermidades infecciosas e controla tres sistemas esenciais para o control de enfermidades: o sistema SAPR (alertas de detección de ameazas), a plataforma EPIS (información epidemiolóxica) e o sistema TESSy (vixilancia). Entre as súas funcións máis relevantes están as seguintes: analizar e interpretar os datos dos países da UE sobre 52 enfermidades transmisibles, a través do “Sistema Europeo de Vixilancia” (TESSy); proporcionar asesoramento científico aos gobernos e institucións da UE; garantir a detección precoz e a análise das ameazas emerxentes para a UE; e coordina o “Programa Europeo de Formación en Epidemioloxía de Intervención” (EPIET) e o “Programa Europeo de Formación en Microbioloxía para a Saúde Pública” (EUPHEM); e axudarlles aos gobernos da UE a prepararse contra os gromos de enfermidades. Para obter máis información deste centro, pode consultarse a súa páxina web: <https://www.ecdc.europa.eu/>.

48 Ademais dos elementos que imos sinalar, o artigo 28 do RD 2210/1995 establece que “o sistema básico da Rede Nacional de Vixilancia poderá apoiarse, para aumentar a súa eficacia, en elementos complementarios, tales como as redes de médicos sentinelas, as enfermidades trazadoras e os territorios sentinela. Para iso, as administracións sanitarias, no ámbito das súas competencias, poderán establecer os criterios de selección dos problemas a vixiar, os seus circuitos de información e os seus ámbitos de aplicación”.

49 De acordo co previsto no artigo 22 do Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño, o “COVID-19” –enfermidade producida polo virus “SARS-CoV-2”– é unha “enfermidade de declaración obrigatoria urxente”.

obligatorio e urxente, e sobre as tarefas –de información, de cooperación, etc.– do Ministerio de Sanidade e das comunidades autónomas.

3º. A “información microbiolóxica” (cfr. arts. 22–27 do RD 2210/1995): consistente na recollida de datos sobre a patoloxía confirmada polo laboratorio “co obxectivo de achegar información específica para a súa vixilancia epidemiolóxica”⁵⁰.

2.4.3 A “comunicación en saúde pública” e outras obrigas das administracións públicas. As “Directrices de comunicación de riscos” da OMS de 2018

Outro apartado moi importante que se desprende tamén do principio de transparencia é o relativo á comunicación ou difusión ao público da información sanitaria relevante. Trátase ademais dunha das funcións ou actuacións que a LXS lles atribúe ás administracións públicas sanitarias, en particular: “a difusión da información epidemiolóxica xeral e específica para fomentar o coñecemento dos problemas de saúde” (art. 18, 13 LXS).

Xa vimos como, en virtude do referido principio de transparencia, a información sobre cuestións e actuacións de saúde pública “deberá ser clara, sinxela e comprensible para o conxunto dos cidadáns” (art. 3.f) *in fine* LXSP). A mesma LXSP imponlles ás administracións sanitarias, no seu artigo 10, a específica obriga de “información pública sobre riscos para a saúde da poboación”, de maneira que, “sen prexuízo das competencias que lles corresponden a outras autoridades públicas”, “as administracións sanitarias informarán sobre a presenza de riscos específicos para a saúde da poboación”, información que “incluírá unha valoración do seu impacto na saúde, medidas que adopten as administracións sanitarias ao respecto e as recomendacións para a poboación”.

Tamén a LXSP se refire no artigo 9 (sobre o deber de comunicación das persoas para coas administracións sanitarias) ás “obrigas de comunicación e información que as leis lles imponen aos profesionais sanitarios”.

Sobre a “comunicación en saúde pública”, o artigo 18 da LXSP contén relevantes determinacións para os poderes públicos e as administracións sanitarias:

1º. Que “velarán por que a información sobre saúde dirixida ao público sexa veraz e cumpra coas previsións desta lei, especialmente cando se difunda a través dos medios de comunicación” (art. 18.1 LXSP).

2º. O ministerio competente en materia de sanidade “porá á disposición dos medios de comunicación e doutras organizacións sociais os criterios de boas prácticas a que se refire ao artigo 16.3, co fin de que alcancen a súa máxima difusión” (art. 18.2 LXSP)⁵¹.

50 Segundo o artigo 22 do RD 2210/1995, a dita información debe permitir: “1. Detectar a circulación dos diferentes axentes etiolóxicos, as súas características e patróns de presentación. 2. Caracterizar gromos epidémicos. 3. Identificar novos axentes e patoloxías emerxentes. 4. Incorporar novos elementos de vixilancia, tales como resistencias bacterianas a antimicrobianos e marcadores epidemiolóxicos”.

51 O citado precepto –relativo á “promoción da saúde”– dispón que “O Ministerio de Sanidade (...) con participación das comunidades autónomas establecerá e actualizará criterios de boas prácticas para as actuacións de promoción da saúde e fomentará o recoñecemento da calidade das actuacións”.

3º. “Os poderes públicos, no ámbito das súas competencias, realizarán un control da publicidade comercial para que se axuste a criterios de veracidade no que atinxe á saúde, así como de recomendacións públicas sobre a saúde” (art. 18.3 LXSP).

4º. “As administracións públicas sanitarias contarán coa colaboración dos medios de comunicación para difundir recomendacións sobre saúde pública” (art. 18.4 LXSP).

5º. “As administracións públicas que desenvolvan accións en materia de comunicación en saúde velarán por que a información estea adaptada social, cultural e lingüísticamente a aqueles sectores da poboación destinatarios desta (art. 18.5).

Poucos meses antes da declaración da pandemia do coronavirus, en 2018, a OMS fixo pública a súa *Comunicación de riscos en emerxencias de saúde pública. Directrices da OMS sobre políticas e prácticas para a comunicación de riscos en emerxencias*⁵². A finalidade destas directrices é proporcionarlles aos Estados membros da OMS e interesados directos implicados na preparación e resposta ante as emerxencias⁵³ “orientación actualizada e cun enfoque sistémico baseado na evidencia científica sobre:

- enfoques para fomentar a confianza das comunidades e as poboacións afectadas e colaborar con elas;

- enfoques para integrar a comunicación de riscos dentro das estruturas nacionais e locais xa existentes de preparación e resposta ante emerxencias, incluída a creación de capacidades específicas de “Comunicación de riscos en emerxencias” (en diante, CRE), conforme as obrigas que o Regulamento sanitario internacional (2005) lles impón aos Estados membros da OMS, e

- prácticas de CRE (desde a formulación de estratexias, a planificación, a coordinación, a transmisión de mensaxes e o uso de diferentes canles e métodos de comunicación e participación ata o labor de seguimento e avaliación) baseadas nunha avaliación sistemática dos datos probatorios dispoñibles sobre o que resultou eficaz e o que non durante as últimas emerxencias”⁵⁴.

As directrices van dirixidas ás instancias decisorias e normativas responsables do manexo de emerxencias, aos profesionais encargados da comunicación de riscos, pero tamén á sociedade civil e ao sector privado na medida en que participe en tarefas de preparación e resposta de emerxencias.

52 As directrices foron elaboradas polo Departamento de Xestión de Perigos Infecciosos (IHM) da OMS, en colaboración co Departamento de Comunicacións. Para a súa aprobación tivo lugar un proceso de elaboración iniciado en outubro de 2014 coa creación dun grupo de elaboración das directrices que foi formulando diferentes recomendacións (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DA SAÚDE (OMS), *Comunicación de riscos en emerxencias de saúde pública. Directrices da OMS sobre políticas e prácticas para a comunicación de riscos en emerxencias (CRE)*, OMS, 2018).

53 Como se di no seu “Resumo de orientación”: “Durante as emerxencias de saúde pública, as persoas necesitan saber a que riscos sanitarios se confrontan e que medidas poden adoptar para protexer a súa saúde e as súas vidas. Se se lles facilita axiña e frecuentemente información precisa nun idioma que entendan e por medio de canles que lles resulten familiares e dignas de confianza, poderán tomar decisións e defenderse a si mesmas, así como ás súas familias e comunidades, contra os perigos sanitarios que poidan estar a ameazar a súa vida e o seu benestar”. A “comunicación de riscos”, como parte integrante de calquera resposta de emerxencia, “consiste no intercambio, en tempo real, de información, consellos e opinións entre os expertos, os líderes comunitarios, os funcionarios públicos e as persoas en situación de risco. Tanto nas epidemias e pandemias como nas crises humanitarias e nos desastres naturais, unha comunicación de riscos eficaz fai posible que os colectivos máis expostos entendan e adopten as medidas de protección que correspondan. Ao mesmo tempo, permítelles ás autoridades e aos expertos escoitar e atender as preocupacións e necesidades da poboación, o que pola súa vez contribuírá a que os consellos que emitan sexan pertinentes, fidedignos e aceptables” (*Ibidem*, p. IX).

54 *Ibidem*, p. X.

As directrices conteñen tres tipos de “recomendacións” que se agrupan nas seguintes categorías:

1ª. “Xeración de confianza e colaboración coas poboacións afectadas”, que, pola súa vez, cabe desagregar nos seguintes elementos:

- Confianza⁵⁵
- Comunicación de elementos de incerteza⁵⁶
- Participación da comunidade⁵⁷

2ª. “Integración da CRE nos sistemas de saúde e de resposta en emerxencias”, que pode, igualmente, desagregarse nas seguintes ideas:

- Gobernanza e liderado⁵⁸
- Sistema de información e coordinación⁵⁹
- Creación de capacidade⁶⁰
- Financiamento⁶¹

3ª. Prácticas de CRE: cunha serie de recomendacións sobre a “planificación estratéxica da comunicación”, os “instrumentos de seguimento e avaliación”, as “redes sociais virtuais”⁶² e a “difusión de mensaxes”⁶³.

55 “Para xerar confianza, as intervencións de comunicación de riscos deberán estar vinculadas a servizos operativos e accesibles, ser transparentes, realizarse en tempo oportuno e ser doados de comprender, recoñecer os elementos de incerteza, ir dirixidas ás poboacións afectadas e propiciar a súa participación, perseguir a autoeficacia e ser difundidas a través de múltiples plataformas, métodos e canles” (*Ibidem*, p. XIII).

56 “As comunicacións das autoridades dirixidas á poboación deberán incluír información expresa sobre os elementos de incerteza asociados aos riscos, eventos e intervencións e indicar que aspectos se coñecen e cales se descoñecen nun determinado momento” (*Ibidem*).

57 “É fundamental identificar persoas que gozan da confianza da comunidade e estreitar lazos con elas para seguidamente facelas participar no proceso de toma de decisións, co fin de asegurar que as intervencións estean baseadas na colaboración e se adapten ao contexto e que a comunidade sinta o proceso de comunicación como propio” (*Ibidem*).

58 “A CRE debería ser unha das funcións estratéxicas específicas dos equipos encargados de dirixir o labor de preparación e resposta a nivel mundial e nacional” (*Ibidem*, p. XIV).

59 Dunha parte, “Crear e reforzar redes institucionais e organizacionais, aplicando un enfoque multidisciplinario que trascenda os límites xeográficos, incluídas as fronteiras nacionais cando proceda” e, doutra parte, “Os sistemas de información e comunicación deberán adaptarse ás necesidades dos usuarios e fomentar a participación dos interesados directos locais para así garantir o intercambio de información entre os sectores pertinentes” (*Ibidem*, p. XV).

60 “As actividades de preparación e capacitación do persoal en CRE deberán organizarse de forma periódica, facendo fincapé na coordinación interinstitucional” (*Ibidem*).

61 “A CRE require unha asignación orzamentaria sostida e claramente definida que forme parte do orzamento básico para a preparación e resposta ante emerxencias” (*Ibidem*).

62 Afírmase que “As redes sociais virtuais poden constituír un valioso instrumento para promover a participación pública, facilitar a comunicación horizontal, mellorar o coñecemento da situación, supervisar e rebater rumores e atender as reaccións e preocupacións da poboación durante unha emerxencia, así como para facilitar respostas a nivel local” (*Ibidem*, p. XVII).

63 En canto a estas mensaxes, recoméndase o seguinte:

- “Os riscos non deberían explicarse en termos técnicos, pois iso non contribúe a promover condutas de mitigación do risco”.
- “As mensaxes deberán ser coherentes e difundirse a través de distintas fontes de información, e iso desde as primeiras etapas dun gromo epidémico”.
- “As mensaxes deberán promover medidas concretas e razoables que as persoas poidan aplicar para protexer a súa saúde” (*Ibidem*, p. XVII).

2.4.4 O “Centro de Coordinación de Alertas e Emerxencias Sanitarias” como centro coordinador da Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica

O Centro de Coordinación de Alertas e Emerxencias Sanitarias (en diante, CCAES), creado en 2004⁶⁴, é un centro dependente da Dirección Xeral de Saúde Pública, Calidade e Innovación do Ministerio de Sanidade, que ten como función coordinar a xestión da información e apoiar na resposta ante situacións de alerta ou emerxencia sanitaria nacional ou internacional; ademais, é a unidade responsable da elaboración e o desenvolvemento dos “plans de preparación e resposta” para facer fronte ás ameazas públicas. Para cumprir estes fins, creouse en 2012 o “Sistema Nacional de Alerta Precoz e Resposta Rápida” (SIAPR)⁶⁵.

Máis especificamente imos desenvolver algúns dos seus principais labores do CCAES:

1º. Elaboración, desenvolvemento e mantemento dun sistema rápido de detección e comunicación de alertas: a través dunha serie de actividades de “intelixencia epidemiolóxica” (detección de eventos e sinais, verificación e análise), promove unha serie de informes (diarios e mensuais), leva a cabo avaliacións rápidas de riscos e pode propor as medidas que deban adoptarse. O CCAES centraliza as comunicacións de alertas procedentes de organismos internacionais (OMS–RSI), da Unión Europea (Comisión, *European Centre for Disease Prevention and Control–ECDC, Early Warning Response System–EWRS*), nacionais e das comunidades autónomas; por tal motivo, exerce de “Centro Nacional de Enlace” para o “Regulamento Sanitario Internacional” (RSI) da OMS⁶⁶, así como de punto focal do sistema de alerta precoz e resposta da Comisión Europea, do seu EWRS.

2º. Dar cumprimento aos requisitos e obrigas establecidos no Regulamento Sanitario Internacional: desenvolver a capacidade necesaria para responder con prontitude e eficacia en todos os niveis, avaliar as capacidades de vixilancia e resposta, elaborar un plan operativo⁶⁷, comunicar as notificacións previstas e dar resposta ás peticións de información e verificación, etcétera.

64 Cfr. a Orde SCO/564/2004, do 27 de febreiro, pola que se establece o sistema de coordinación de alertas e emerxencias de Sanidade e Consumo.

65 O Sistema Nacional de Alerta Precoz e Resposta Rápida (SIAPR) está formado por unha rede de centros de enlace autonómicos, coordinados por un Centro de Enlace Nacional, que permite a comunicación permanente e rápida de situacións de risco para a saúde da poboación co propósito de mellorar a prevención e a preparación ante situacións de risco para a saúde e a coordinación das medidas de resposta cando exista afectación a nivel nacional ou internacional. O CCAES actúa como Centro de Enlace Nacional do sistema e é o nodo central que establece acordos de colaboración cos nodos centrais de diferentes sistemas e redes de vixilancia e alertas que funcionan na Administración xeral do Estado (AXE). O CCAES ten tamén a responsabilidade da coordinación a nivel internacional.

66 Cfr. a Orde SCO/3870/2006, do 15 de decembro, pola que se designa a Dirección Xeral de Saúde Pública como Centro Nacional de Enlace para o RSI.

67 En febreiro de 2012 constituíuse e púxose en marcha o “Relatorio de Alertas de Saúde Pública e Plans de Preparación e Resposta” ou “Sistema Nacional de Alerta Precoz e Resposta Rápida” (SIAPR), co obxectivo de garantir a coordinación e operatividade do sistema de alertas de saúde pública. Coa creación do SIAPR, dáse cumprimento ao establecido no artigo 13.3 da LXSP: “Co fin de coordinar os diferentes sistemas de vixilancia, creárase a Rede de Vixilancia en Saúde Pública, que incluírá entre os seus sistemas o de alerta precoz e resposta rápida. Este sistema terá un funcionamento continuo e ininterrompido as vinte e catro horas do día. A configuración e o funcionamento da Rede de Vixilancia en Saúde Pública serán determinados regulamentariamente”.

3º. Elaborar os “Plans de preparación e resposta fronte a ameazas de saúde pública” co obxectivo de minimizar o risco para a saúde da poboación e garantir unha resposta rápida, axeitada e coordinada das comunidades autónomas, outros sectores implicados e outras organizacións internacionais e da Unión Europea. Con motivo da pandemia do virus aviario subtipo H5N1 difundido no sueste asiático desde finais de 2003, o Goberno español elaborou un “Plan nacional de preparación e resposta ante unha pandemia de gripe” feito público en maio de 2005⁶⁸. Con posterioridade a este plan, estíbese a traballar para elaborar un “Plan xenérico de preparación e resposta” pero que aínda non se aprobara cando xa estaba declarada a pandemia actual de coronavirus.

4º. Coordinación da Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica (RENAVE).

Como sinala CORTÉS GARCÍA, ao desenvolver o “marco conceptual e estratéxico” do CCAES⁶⁹ de acordo cos requirimentos do RSI, “hai que adaptar os sistemas de alerta “tradicionais” para facer fronte aos novos retos”, “cunha estratexia de xestión proactiva do risco” (detección e resposta temperás), de maneira que “se os sistemas de alerta funcionan non haberá crise”⁷⁰; e fai referencia a un dos principios do RSI: “o mellor xeito de previr a diseminación internacional de enfermidades é detectar os riscos de saúde pública de forma precoz e aplicar medidas de resposta efectivas cando aínda o problema é limitado”⁷¹. Sobre os plans de preparación e resposta, a mesma autora afirma que “a experiencia demostrou que a habilidade para responder fronte a unha alerta ou emerxencia sanitaria depende do grao de preparación para coordinar a resposta” e que “o impacto e as perdas poden ser substancialmente reducidos se as autoridades e os demais sectores implicados na resposta están ben preparados e capacitados para o manexo eficiente dunha emerxencia sanitaria”⁷².

2.4.5 As relacións de colaboración con organizacións científicas e profesionais. Publicidade dos comités de asesoramento e garantías para a súa independencia

Por último, neste repaso do complexo e sobrecargado sistema de información sanitario intervén outro elemento esencial no proceso de recollida de información e coñecementos, que é o relativo á colaboración das organizacións científicas e profesionais que, desde fóra da Administración sanitaria, a asesoran ou informan. O artigo 11 da LXSP, incidindo de novo no principio de transparencia, establece que: “As administracións

68 O texto completo deste “Plan da pandemia de gripe” de 2005, coa súa complexa relación de documentos (protocolos, medidas, guías de manexo, etc.), está dispoñible na web do Ministerio de Sanidade: <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/pandemia/home.html>.

69 CORTÉS GARCÍA, M., *El Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. Marco conceptual y estratégico*, presentación da Dirección Xeral de Saúde Pública, Calidade e Innovación, Madrid, 20 de novembro de 2012. Acceso web: <https://documentplayer.es/34131043-Funciones-del-ccaes-marco-normativo-marta-cortes-garcia-madrid-20-noviembre-2012.html>.

70 *Ibidem*.

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*. Cítase o “Marco de Acción de Hyogo (MAH) 2005-2015” (adoptado por 168 Estados das Nacións Unidas na Conferencia Mundial sobre Redución dos Desastres en Xapón en 2005), un instrumento global de referencia para a implementación da redución do risco das emerxencias e desastres, así como para a elaboración de plans de preparación e resposta.

sanitarias exixirán transparencia e imparcialidade ás organizacións científicas e profesionais e ás persoas expertas coas que colaboren nas actuacións de saúde pública, incluídas as de formación e investigación, así como ás persoas e organizacións que reciban subvencións ou coas que celebren contratos, convenios, concertos ou calquera clase de acordo”.

Doutra banda, o mesmo artigo 11 no seu parágrafo 2º engade que, para os efectos da citada colaboración, será pública a composición dos comités ou grupos que avalíen accións ou realicen recomendacións de saúde pública, os procedementos de selección, a declaración de intereses dos intervinientes, así como os ditames e documentos relevantes, salvo as limitacións previstas pola normativa vixente”. E, para garantir a independencia dos expertos, o artigo 11 *in fine* da LXSP remite ao desenvolvemento regulamentario para a regulación dos “requisitos para a declaración de conflito de intereses por parte dos expertos e representantes das organizacións científicas e profesionais que compoñan os comités ou grupos que avalíen accións ou realicen recomendacións de saúde pública”.

3 Desenvolvemento da información sanitaria e a transparencia no estado de alarma⁷³

3.1 Bases xurídicas do “estado de alarma”. Breve referencia á estrutura organizativa para a xestión do COVID-19

Confirmados, en España, o primeiro infectado por coronavirus (o 31 de xaneiro de 2020, na illa de La Gomera) e o primeiro falecido (o 13 de febreiro de 2020, en Valencia), tanto o Goberno do Estado español como os gobernos das comunidades autónomas comezaron a aprobar as súas primeiras medidas para a contención da enfermidade e para a redución da mobilidade. Ata o momento presente, desde o comezo desta crise sanitaria foron varios centenaes de normas regulamentarias as aprobadas⁷⁴. Pero foi o 14 de marzo de 2020 cando o Consello de Ministros declarou, en virtude do Real decreto 463/2020, “para a xestión da crise ocasionada polo COVID-19”, un réxime excepcional –previsto polo artigo 116.2 da Constitución española– e que ten ancoraxe

73 Durante o estado de alarma celebráronse diversas reunións científicas –na modalidade telemática do *webinar*– algunhas das cales tiveron que ver con algunhas das máis importantes cuestións da información sanitaria do coronavirus. Así, por exemplo, destaco o *webinar* organizado polo grupo de investigación Regulation and Digital Innovation da Facultade de Dereito da Universidade de Valencia sobre “APPs de seguimento, privacidade e transparencia na crise do COVID-19”; desenvolvido a xeito de mesa redonda no marco do curso titulado “O dereito público ante a crise do COVID-19”, que tivo lugar o 8 de maio de 2020. Por outra parte, cun carácter monográfico o “VII Congreso do Avance do Goberno aberto” dedicado a súa edición de 2020 ao tema da “Transparencia e acceso á información en tempos de covid-19”; o *webinar*, organizado polo Departamento de Dereito Constitucional da Universidade de Valencia, desenvolveuse os días 13, 19 e 21 de maio de 2020; en cada unha das sesións –a xeito de mesas redondas coa participación de varios expertos en cada unha delas– tratáronse as seguintes cuestións: “O dereito a saber e a súa reivindicación en tempos de coronavirus”, “covid, transparencia activa, contratación e gasto público e dereito de acceso” e “Os límites ao dereito de acceso”.

74 Cando escribimos estas liñas, estamos a principios do mes de xullo de 2020. Cfr. os “Códigos electrónicos” que sobre o “COVID-19 están dispoñibles gratuitamente na páxina web do BOE e, en particular, o relativo ao “Dereito Europeo, Estatal e Autonómico” con máis de 1.700 páxinas.

no artigo 11 da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio”. O “estado de alarma” foi prorrogado polo Pleno do Congreso dos Deputados ata seis veces e rematou o 21 de xuño de 2020, comezando o “Plan para a transición cara á nova normalidade”⁷⁵.

No marco deste voluminoso grupo normativo sobre o COVID-19 –que xa deu lugar a unha gran variedade de comentarios doutriniais⁷⁶–, aprobáronse disposicións relativas á actividade de información que é obxecto deste traballo e que serán citadas nos seguintes apartados.

Desde o punto de vista organizativo, para a xestión da crise sanitaria, o Real decreto 463/2020 (declaratorio do estado de alarma) atribuíulle ao Goberno do Estado as funcións de “autoridade competente”, baixo a superior dirección do presidente do Goberno, pero asignándolles tamén a función de “autoridades competentes delegadas” aos ministros de Defensa, do Interior, de Transportes, Mobilidade e Axenda Urbana, e de Sanidade⁷⁷. Baixo a denominación de “Comité de Xestión Técnica do Coronavirus” –a xeito de “Comité de Crise”– reúnense representantes de diferentes organismos dos ministerios antes citados: o director do Centro de Coordinación de Alertas e Emerxencias do Ministerio de Sanidade, un directivo da Policía Nacional, un directivo da Garda Civil, a secretaria xeral do Ministerio de Transportes e o xefe do Estado Maior da Defensa.

3.2 Trabas iniciais á transparencia e suspensión de prazos procesuais e administrativos

Como xa destacamos no apartado 2 deste traballo, o principio de transparencia constitúe non só unha obriga xeral na actividade despregada polas administracións públicas, poderes públicos e outras entidades de acordo con previsto na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, senón tamén un principio orientador das accións en materia de saúde pública (cfr. artigo 3.f) LXSP).

Unha das consecuencias da declaración do estado de alarma foi a suspensión de “termos” e interrupción dos prazos para a tramitación de procesos xudiciais e procedementos administrativos, en virtude das disposicións adicionais 2^a e 3^a⁷⁸ do RD 463/2020, respectivamente, ata a derogación destas suspensións –con efectos do 4

75 Este plan contempla 4 fases de “desescalada”, a 0, I, II e III, en cada unha das cales se foron levantando e flexibilizando as limitacións e condicións impostas polo RD 463/2020.

76 Ata o momento presente, polo que se refire á doutrina de dereito público, destacamos o número monográfico sobre “El Coronavirus y otros problemas”, da revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 87–88, 2020; y los libros colectivos: *COVID-19 y Derecho Público (durante el Estado de Alarma y más allá)*, dirixido por D.V. BLANQUER CRIADO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; e *Lecciones jurídicas para la lucha contra la pandemia*, dirixido por ÁLVAREZ GARCÍA e outros, Iustel, Madrid, 2020.

77 Cfr. artigo 4 do Real decreto 463/2020. O mesmo artigo 4, no seu apartado 4, dispón que “durante a vixencia do estado de alarma” se activará o “Comité de Situación” previsto na disposición adicional primeira da Lei 36/2015, de seguridade nacional.

78 Esta disposición 3^a establecía: “1. Suspéndense termos e interrómpanse os prazos para a tramitación dos procedementos das entidades do sector público. O cómputo dos prazos continuarase no momento en que perda vixencia este real decreto ou, se é o caso, as súas prórrogas. 2. A suspensión de termos e a interrupción de prazos aplicarase a todo o sector público definido na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (...)”.

de xuño de 2020 – pola disposición derogatoria 1ª do Real decreto 537/2020, do 22 de maio. Tal suspensión afectaba, entre outros moitos procedementos, aos de acceso á información previstos na citada Lei 19/2013 e tamén ás obrigas de información de publicidade activa⁷⁹.

Os medios de comunicación deron conta desta circunstancia e das súas dificultades para acceder á información sobre a xestión da pandemia, e a doutrina reaccionou inmediatamente criticando duramente esta situación⁸⁰. Así, o profesor MESTRE DELGADO, tras analizar a regulación que sustenta o “estado de alarma”, chega á conclusión de que, por efecto do RD 463/2020, se suspendeu ou paralizou a eficacia dos dereitos derivados da Lei de transparencia, o cal entende que non está xustificado – “non parece que a limitación sobre o dereito de acceso á información atope xustificación obxectiva e razoable ningunha, en termos distintos aos límites establecidos con carácter xeral na regulación do dereito de acceso (arts. 105.b CE e 14 da Lei 19/2013)” – e é unha medida desproporcionada⁸¹; “a declaración do estado de alarma nin emenda nin altera a regra xeral (incluídas as excepcións ou matizacións que contempla a lei e a xurisprudencia, europea e interna), nin avalaría unha sorte de opacidade, nin definitiva nin transitoria, no proceso de toma de decisións”⁸². O maxistrado CHAVES subliña, pola súa banda, que “non debe esquecerse que a transparencia non só serve ao control, senón para mellorar a xestión, pois coñecer permite aplaudir, suxerir e actuar en consecuencia”⁸³.

A organización non governamental Transparencia Internacional publicou en maio de 2020 un informe sobre “Transparencia e publicidade activa: COVID-19 e o estado de alarma en España”, manifestando a súa preocupación pola suspensión do funcionamento dos portais de transparencia como consecuencia das disposicións do RD 463/2020 e formulando unha serie de recomendacións para a transparencia e prevención da corrupción nos sectores público e privado⁸⁴. En todo caso, pon de manifesto a importancia de que “a información pública estea dispoñible en tempo real e de que

79 Tal efecto suspensivo apareceu no Portal de Transparencia da Administración Xeral do Estado nunha “Nota en relación co funcionamento do portal da transparencia durante o estado de alarma” (17 de abril de 2020).

80 Así, por exemplo, os traballos de MESTRE DELGADO, J.F., “La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID-19)”; *Boletín Informativo del INAP La Administración al día*, 29 de marzo de 2020; e de IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La lucha por la transparencia durante el Estado de Alarma”; *Diario La Ley*, n. 9646, 2020. Tamén as colaboracións en blogs xurídicos: CHAVES GARCÍA, J.R., “La transparencia amordazada”; *Blog de la Justicia*, do 15 de mayo de 2020; e GARCÍA, A. “La transparencia se resiente en tiempos de coronavirus”; *Blog Jurídico de Expansión Hay Derecho*, 18 de abril de 2020.

81 MESTRE DELGADO, J.F., “La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID-19)”; cit. e *loc. cit.* Engade no seu escrito que: “salvo no que se inclúa no plano da publicidade activa (isto é, o que cada Administración considere oportuno), nin o seu control nin o que comprende o dereito de acceso (a solicitude, a obriga de contestar, a tramitación de reclamacións e recursos) quedou suspendido ou paralizado” (*Ibidem*).

82 O profesor MESTRE DELGADO recorda a doutrina da Sentenza do Tribunal Constitucional 83/2016, do 28 de abril (no asunto dos “controladores”), que, “a diferenza dos estados de excepción e de sitio, a declaración de estado de alarma non permite a suspensión de ningún dereito fundamental (art. 55.1 CE *a contrario sensu*), aínda que si a adopción de medidas que poden supor limitacións ou restricións ao seu exercicio”.

83 CHAVES GARCÍA, J.R., “La transparencia amordazada”; cit.

84 Sobre as recomendacións ao Goberno, destacamos as seguintes: 1ª. Informar con claridade e accesibilidade sobre a situación de estado de alarma e COVID-19 no “Portal de transparencia”. 2ª. Publicar de forma clara a composición e designación dos membros do “Comité de Expertos” formado para o asesoramento do Goberno na toma de decisións. 3ª. Detallar de xeito claro e específico a metodoloxía utilizada para a obtención de datos relevantes na xestión do COVID-19.

este contrastada, xerarquizada e avaliada para que a cidadanía e os distintos grupos de interese poidan acceder de forma sinxela e clara ao seu contido”.

3.3 O acceso á información sanitaria e transparencia

No seu balance crítico sobre como se xestionou a información e a transparencia na crise sanitaria do COVID-19 por parte da Administración xeral do Estado, BELTRÁN AGUIRRE comeza pondo de manifesto a incidencia das leis –estatal e autonómica– de transparencia no noso ordenamento xurídico para configurar o dereito a saber da cidadanía e que, aplicado á crise do coronavirus, implica que esta teña “un coñecemento claro e comprensible do risco que o virus supón para a saúde individual e comunitaria, así como as eventuais medidas que as autoridades públicas instrumenten para afrontalo”⁸⁵. A obriga das administracións sanitarias de proporcionar –como xa vimos, en virtude da LXSP– unha “información completa, veraz, sinxela e comprensible” é, como sinala o mesmo autor, “posible e viable grazas á avanzada implantación da Administración electrónica”, e iso tanto desde a perspectiva da “publicidade activa” como para o acceso dos interesados á información pública, que son as dúas caras da moeda da transparencia⁸⁶.

Relacionado coa “publicidade activa” que exige a transparencia informativa en materia sanitaria, hai un aspecto moi relevante na xestión da crise sanitaria que é a súa “comunicación pública” e ao que, pola súa relevancia, lle dedicamos un tratamento particular no seguinte apartado. Non obstante, seguindo a BELTRÁN AGUIRRE, cabe destacar na información sanitaria do COVID-19 varios supostos en que, claramente, a Administración xeral do Estado fallou na súa transparencia e no deber da información pública:

1º. Sobre a información estatística –relativa aos contaxiados, ingresados en UCI e falecidos–, que, “aínda que abundante, foi moi inexacta”⁸⁷. Para esta información estatística –que compete achegar tanto ao Ministerio de Sanidade como ás administracións autonómicas– ditouse a Orde SND/243/2020, do 15 de marzo, sen clarificar a forma de contabilizar os datos, o que “conduciu a que as administracións autonómicas remitisen datos heteroxéneos e asimétricos”⁸⁸. Ante estas deficiencias na información estatística do COVID-19, a orde citada foi modificada polas Ordes SND/267/2020, do 20 de marzo, e SND/352/2020, do 16 de abril, precisando unha serie de instrucións sobre a información dos casos (hospitalizacións, altas, falecidos, etc.) que diferían dos sistemas de cómputo catalán e madrileño; ademais, ditáronse, sobre as residencias de anciáns e os centros de servizos sociais, as Ordes SND/2020/2020, do 19 de marzo, e SND/275/2020, do 23 de marzo. “Estes bandazos –afirma BELTRÁN AGUIRRE– nos

85 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, *Derecho y Salud*, vol. 30, n. 1, xaneiro-xuño de 2020, p. 81. O traballo está datado –como data de envío– o 30 de abril de 2020.

86 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, pp. 81-82. Engade –seguindo un traballo da profesora DE LA SIERRA– que tales garantías de transparencia permiten, dunha banda, “o control da acción pública” e, doutra banda, a “adopción responsable de decisións individuais” e dos organismos públicos.

87 *Ibidem*, p. 83.

88 *Ibidem*.

criterios para o cómputo dos casos evidencian que o sistema sanitario non dispuña dun protocolo con criterios claros e homoxéneos para o cómputo de casos”⁸⁹.

2º. Un caso de “ocultación de información” sobre a identificación dos expertos nomeados polo Ministerio de Sanidade (o chamado “Comité dos Doce Expertos”) para asesorar no proceso de volta á nova normalidade, en contra da obriga imposta expresamente polo artigo 11 da LXSP de publicar “a composición dos comités e grupos que avalíen accións ou realicen recomendacións de saúde pública”⁹⁰. Tamén nesta dirección se move a publicación do “Plan para a transición cara a unha nova normalidade”, aprobado o 28 de abril de 2020 –que pon en marcha a “desescalada” respecto das medidas máis duras do confinamento en cada provincia e nas comunidades autónomas–, ao non permitir a publicación dos informes do referido comité sobre o “cadro de criterios para o cambio de fase”⁹¹.

3º. Sobre as roldas de prensa do Goberno da nación, mediante comparecencia telemática en que os xornalistas tiñan que enviar previamente as preguntas, non poderían preguntar nin repreguntar en directo durante a videoconferencia organizada ao respecto⁹². Esta práctica foi denunciada por unha plataforma de profesionais da información nun manifesto baixo o lema “a liberdade de preguntar”, pondo de manifesto que “en situación de crise o dereito á información é máis importante que nunca” e que as “dificultades técnicas” alegadas pola Secretaría de Estado de Comunicación para que as roldas de prensa fosen máis abertas “non son máis que excusas”⁹³. En todo caso recórdase que a declaración do estado de alarma non supón unha mingua na aplicación dos dereitos informativos recoñecidos no artigo 20 da CE.

4º. Sobre a contratación pública, que foi, durante a vixencia do estado de alarma, un “claro foco de opacidade”, en particular sobre os contratos públicos realizados para afrontar a emerxencia sanitaria, negándose o Ministerio de Sanidade a proporcionar información sobre eles⁹⁴, unha práctica que era contraria ao previsto sobre os deberes de publicidade na Lei de contratos do sector público⁹⁵.

89 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, p. 84. E apostila o autor que estes fallos se deron “a pesar de que a Lei xeral de saúde pública xa ofrecía pautas suficientes para unha homoxeneización na recollida de datos, así como para a coordinación entre as administracións sanitarias autonómicas e a estatal” (*Ibidem*). Conclúe afirmando que: “pode admitirse a incerteza respecto das características do virus (...) pero é inadmisíbel que haxa incerteza ou falta de criterio respecto á forma de computar e medir os datos para facer estatísticas e táboas sobre a incidencia do COVID-19” (*Ibidem*, p. 84).

90 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, p. 83. O autor engade que tal omisión informativa incumpre tamén o previsto no artigo 15.2 da Lei de transparencia, acceso á información e bo goberno.

91 *Ibidem*, p. 86.

92 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, p. 85.

93 *Vid.* o texto íntegro do manifesto en: <https://s1.eestatic.com/2020/04/01/espana/1585683681-lalibertaddepreguntar.pdf>.

94 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, pp. 84 e 86. Dunha nota informativa do 17 de abril de 2020 da Dirección Xeral de Gobernanza Pública, deduciase que durante o período de vixencia do estado de alarma non se publicarían no Portal de Transparencia do Estado os contratos públicos tramitados polo procedemento de emerxencia.

95 Como sinala BELTRÁN AGUIRRE, a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado do 19 de marzo de 2020 publicou unha nota informativa recordando a necesidade de axustarse ao previsto nos artigos 151.1 e 154.1 da LCSP no caso dos contratos tramitados por vía de emerxencia; e a propia Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información e bo goberno,

Con relación ao exercicio do dereito de acceso á información pública –dispoñible en virtude da Lei de transparencia e acceso á información pública–, BELTRÁN AGUIRRE criticou tamén a suspensión operada nos prazos administrativos pola disposición adicional 3ª do RD 463/2020, que, como sabemos, estivo vixente ata a súa derogación polo RD 537/2020 con efectos do 4 de xuño. Este autor explicaba que “as solicitudes de acceso á información sobre cuestións relacionadas coa situación da crise sanitaria formuladas polos cidadáns, xornalistas, investigadores, etc. (...) non se compadecen nada ben coa urxencia en obter a información co fin de adquirir coñecemento con que facer fronte ao virus”; “a suspensión dos prazos administrativos non impide que as administracións públicas nos supostos que consideren de interese atendan solicitudes e continúen a tramitar os procedementos resolvéndooos en prazo, entre eles as solicitudes de acceso á información pública relacionadas coa situación de crise sanitaria”⁹⁶.

Conclúe o seu crítico estudo BELTRÁN AGUIRRE, sobre a base da experiencia que se adquire nesta crise e de cara a futuras crises, na necesidade de “estar mellor preparadas tecnicamente e para protocolizar canles correctas e idóneas de transmisión da información veraz, suficiente e comprensible” e de afondamento na “cultura da transparencia”, tanto por parte dos políticos e das administracións públicas como dos medios de información e da cidadanía en xeral⁹⁷. E, desde o punto de vista xurídico, reclama o desenvolvemento pleno da Lei xeral de saúde pública e o papel que debe desenvolver o “Sistema Nacional de Saúde” para a cohesión do sistema, ademais da creación dun organismo (Centro Estatal de Saúde Pública) como “centro científico-técnico de apoio ás políticas de saúde e ao Sistema Nacional de Saúde Pública” que funcione en rede cos centros correspondentes das comunidades autónomas⁹⁸.

Pola súa banda, o profesor PRESNO LINERA, na súa colaboración relativa “á “emisión e recepción da información”⁹⁹ –na súa serie de comentarios sobre “Coronavirus SARS-CoV-2 e dereitos fundamentais”–, ante os deberes de información sanitaria por parte das administracións sanitarias e os correlativos dereitos dos cidadáns a ser informados (cfr. arts. 3.f) e 4 da LXSP), fórmulase no caso de España a controversia de se se facilitou información suficiente nas fases iniciais de expansión do coronavirus”, tendo en conta, ademais, que a propia LXSP considera como “sanción moi grave” “a realización de condutas ou omisións que produzan un risco ou un dano moi grave para a saúde da poboación”. “ Informouse en cada momento segundo o que, racionalmente, se sabía entón ou houbo omisión de información que, como mínimo, se debía coñecer?

vén reforzar tal obriga (cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, p. 85).

96 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, pp. 87 e 88. Cita o artigo de opinión da subdirectora xeral de Reclamacións do Consello de Transparencia e Bo Goberno, cuxo título resulta suficientemente expresivo: “Crisis sanitaria, no crisis en transparencia” (publicado na web do dito consello). Tamén sinala o autor que, pola contra, outras administracións (Castela e León, Castela-A Mancha, Navarra, Galicia, etc.) decidiron seguir tramitando as solicitudes de acceso á información pública.

97 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. e *loc. cit.*, pp. 88 e 89.

98 *Ibidem*, p. 89. Tamén se reclama a mellora das dotacións orzamentarias destinadas á saúde pública.

99 Cfr. PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (3): la emisión y recepción de información”, *Blog “Del derecho y el revés”*, 31 de marzo de 2020. Acceso web: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/31/coronavirus-sars-cov-2-y-derechosfundamentales-3-la-emision-y-recepcion-de-informacion/>.

A resposta clave é saber se houbo un comportamento correcto ou incorrecto das administracións competentes”¹⁰⁰. O mesmo autor subliña como o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo de 2020 (de declaración do estado de alarma), estableceu no seu artigo 19 a obriga da “inserción de mensaxes, anuncios e comunicacións que as autoridades competentes delegadas, así como as administracións públicas autonómicas e locais, consideren necesario emitir”¹⁰¹.

Para resolver tal controversia, afírmase, citando a DOMENECH PASCUAL, que: “os danos sufridos polos cidadáns con ocasión da crise do COVID-19 que as administracións puidesen previr adoptando certas medidas de precaución só serán indemnizables se a omisión destas pode considerarse culposa por supor unha infracción do deber de levar o coidado exigible”¹⁰². En definitiva, PRESNO LINERA, apoiándose en abundante xurisprudencia do Tribunal Constitucional español e na do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, analiza o concepto de “información veraz” (diferenciándoa da liberdade de expresión), no que resulta clave o cumprimento dun estándar de dilixencia e o requisito da boa fe por parte dos que exercen a versión activa do dereito á información¹⁰³ e que no caso das administracións públicas haberá que analizar –e probar– en cada caso concreto¹⁰⁴.

3.4 Unha comunicación pública da crise sanitaria manifestamente mellorable

Xa vimos no apartado II, 4, C a importancia de establecer unha axeitada “comunicación da crise” –ou “comunicación do risco”¹⁰⁵– que nun caso como o da pandemia do coronavirus resulta vital para informar a cidadanía sobre o estado da cuestión en cada momento¹⁰⁶. O protagonismo da comunicación correspondeulles no caso do Goberno

100 *Ibidem*.

101 Ademais, recórdase que a actividade dos medios de comunicación se considerou “esencial” para facilitar a mobilidade dos seus profesionais de acordo co previsto no n. 11 do anexo do Real decreto-lei 10/2020, do 29 de marzo, sobre medidas para reducir a mobilidade da poboación no contexto da loita contra o COVID-19.

102 DOMENECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. extraordinario, marzo-abril de 2020, pp. 102 e ss.

103 Cfr. PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (3): la emisión y recepción de información”, cit. e *loc. cit*

104 Tamén PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (19) el acceso a la información pública disponible”, *Blog “Del derecho y el revés”*, 17 de maio de 2020, formula noutro dos seus comentarios a posible aplicación da xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos no asunto Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría do 8 de novembro de 2016, en relación coa información pública sobre o coronavirus que está en mans dos poderes públicos, no sentido de que os poderes públicos deben facilitar o acceso á información pública de interese público, debendo estar dispoñible e suficientemente concretada en canto aos documentos en que se contén aquela. E todo iso máxime cando na normativa española se exige transparencia na información sanitaria (cfr. arts. 3.h) e 4 da LXSP).

105 Como sinala, citando a RIORDA, H. PRIOR, a “comunicación do risco” é “aquela comunicación dirixida á modificación dun hábito, fronte a un risco real ou potencial que se dá ou pode darse”, no ámbito da saúde, a comunicación do risco implica a elaboración de campañas de comunicación pública destinadas a alertar e informar os cidadáns dos riscos sanitarios. O obxectivo é modificar comportamentos, reducir ameazas e producir percepción e valoración do risco para modificar situacións que poden evitarse. Na actualidade, a comunicación do risco asume un enfoque participativo que inclúe o público como axente colaborador” (PRIOR, H., “Comunicación pública del riesgo en tiempos de pandemia: respuestas de Portugal a la Covid-19”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020, p. 8).

106 No panorama internacional, unha personalidade que adquiriu un gran prestixio na tarefa de comunicación sobre o COVID-19 foi o Dr. Anthony FAUCI, director do Instituto Nacional de Enfermedades Infecciosas e Alérxicas (NIAID) dos Estados

español aos voceiros do “Comité de Xestión Técnica do Coronavirus” –presidido polo presidente do Goberno e composto, como sabemos, por cargos dos catro ministerios representados (o de Defensa; o do Interior; o de Transportes, Mobilidade e Axenda Urbana; e o de Sanidade)–, aínda que o maior peso desta función estivo no director do Centro de Coordinación de Alertas e Emerxencias (CCAEE) a través de roldas de prensa case diariamente desde a declaración do estado de alarma.

Con relación á política e práctica de comunicación da crise sanitaria relativa ao COVID-19, foron publicados ata o momento en que escribimos estas liñas (novembro de 2020) moitos comentarios e opinións por expertos en comunicación pública¹⁰⁷. Nas estratexias de comunicación da crise adoitan distinguirse varias fases ou etapas: “precrise”, “crise” e “peche da crise”¹⁰⁸. A primeira –tamén chamada “de latencia”– adoita estar orientada “ás simulacións, á preparación e á prevención da crise”, na cal a tendencia dos gobernos é a “minimizar o alcance ou a gravidade da crise”; na segunda fase –ou de “desenvolvemento” e “explosión”– segundo CRESPO e GARRIDO, déronse, no caso de España, varios problemas de comunicación relacionados cos “voceiros da crise” –un sistema máis ben “coral” fronte á desexable portavocía única–, co papel dos expertos (con fallos por parte do epidemiólogo “oficial”, restándolle credibilidade), co control das roldas de prensa telemáticas (coa trabas ás preguntas e repreguntas xa aludidas) e coa suspensión da actividade parlamentaria que restou a función de control ao Goberno¹⁰⁹.

Con carácter xeral, en momentos de incerteza, a comunicación governamental da crise require liderado e unha serie de notas que poñen en xogo a reputación dun Goberno¹¹⁰. A profesora CANEL, analizando a calidade da xestión da crise do COVID-19

Unidos. Foi destacado pola súa confiabilidade e a súa capacidade de explicar o complexo de forma simple e sintética. Segundo J. McLEOD, no seu traballo titulado “Cinco leccións de comunicación do Dr. A. FAUCI”, a capacidade comunicacional do citado doutor baséase en cinco piares: ten credibilidade, simpleza, conecta coa xente nova, comunica unha presenza calma e mantense coa mensaxe; ademais, o formato das súas entrevistas móvese en catro eixes fundamentais: “isto é o que sabemos en función dos datos actuais”, “isto é o que mostran os modelos”, “isto é o que non sabemos e debemos descubrir” e “isto é o que o público debe facer” (cfr. a colaboración xornalística de ROMERO, G.V., “El virus de la desinformación”, *INFOBAE*, 28 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.infobae.com/america/opinion/2020/04/28/el-virus-de-la-desinformacion/>).

107 A xeito de exemplo, citamos os traballos contidos na publicación promovida pola Cátedra IDEOGRAMA-Universidade Pompeu Fabra de Comunicación Política e Democracia –baixo a dirección de A. GUTIÉRREZ-RUBÍ e C. PONT SORRIBES– baixo o título: *Comunicación política en tempos de coronavirus*, Barcelona, abril de 2020. Acceso web: <https://www.upf.edu/document/220602201/233560922/Definitiu+Comunicación+Coronavirus/1c1d3def-34ae-fe5d-0019-ef40c936b0e3>. Tamén cabe destacar a edición especial do magazine *Más Poder Local*, titulado “La comunicación política en tiempos de pandemia: el impacto del COVID-19”, n. 41, abril de 2020. Ademais, o traballo de COSTA-SÁNCHEZ, C. e LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, *El profesional de la información*, vol. 29, n. 3, 2020, pp. 290-304.

108 Cfr. o traballo de CRESPO, I. e GARRIDO, A., “La pandemia del coronavirus: estrategias de comunicación de la crisis”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020, pp. 12-19. Por su parte, COSTA-SÁNCHEZ, C. e LÓPEZ-GARCÍA, X., citando a REYNOLDS e a SEEGER, distinguen cinco etapas na comunicación do risco: “precrise”, “evento inicial”, “mantemento”, “resolución” e “avaliación” (COSTA-SÁNCHEZ, C. e LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, cit. e *loc. cit.*, p. 4).

109 *Ibidem*, pp. 14-17. Os autores engaden que, a diferenza doutros países, “non se produciu un completo aliñamento das forzas políticas detrás do Goberno” (*Ibidem*, p. 17).

110 X. PEYTIPI resume en dez notas a boa comunicación institucional: “liderado comunicativo político”, “ser rápido e non deixar de comunicar”, “dicir a verdade”, “comparecencias diarias”, “ter un bo voceiro”, “mellorar cada día”, “diferentes tipoloxías de contidos *online*”, “ter un relato”, “xerar percepcións memorables” e “ir por diante” (“En momentos de incertidumbre, es la hora de los Gobiernos: 10 necesidades en comunicación de crisis”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020, pp. 10-17).

en España, sinala cinco factores sobre as valoracións – máis ben negativas– que se realizaron por parte da opinión pública: a “(des)politización” ou non da información governamental, a “visibilidade” ou non dos líderes, a competencia ou incompetencia profesional, a “integridade” persoal ou falta dela, e a “coherencia” ou incoherencia entre os feitos e as mensaxes¹¹¹.

Pola súa parte, COSTA-SÁNCHEZ e LÓPEZ-GARCÍA, analizando a “comunicación institucional” sobre o COVID-19 en España, sinalan o seguinte:

– “Incumpríronse aspectos relativos á preparación da comunidade para o escenario máis negativo”¹¹².

– “Sobreprotexeuse cunha mensaxe de calma en etapas iniciais, que supuxo logo un choque coa realidade e coa nova comunicación efectuada”¹¹³.

– A fórmula de portavocía aplicada –pola elevada cantidade de voces– resulta contraria ás recomendacións de comunicación de riscos e de crise”¹¹⁴.

– “A sobreexposición do discurso institucional non se correlaciona necesariamente coa sensación dunha maior transparencia”¹¹⁵.

– “O pouco afondamento nos datos facilitados (...) e o seu grao de adecuación á realidade”¹¹⁶.

Os mesmos autores subliñan que “existe unha enorme responsabilidade na comunicación coa cidadanía nunha situación como a presente en todos os actores do sistema comunicativo (...)”¹¹⁷ pero, en relación cos “actores institucionais”, estes “afrontan o reto da transparencia, a coherencia, o entendemento cos distintos *stakeholders*, o liderado e a divulgación”¹¹⁸. En todo caso, conclúen COSTA-SÁNCHEZ e LÓPEZ-GARCÍA, “a xestión da comunicación e información á sociedade debe tomar nota das leccións aprendidas en situacións previas e planificar e adestrar o afrontamento da crise de saúde pública para garantir que, en novos escenarios, haxa unha resposta comunicativa preparada e fundamentada no coñecemento adquirido”, e todo iso orientado baixo a “necesaria cultura da prevención”¹¹⁹.

111 Cfr. CANEL, M.J., “Cinco factores en los que Sánchez se juega la nota del examen Covid-19”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020, pp. 34-38.

112 COSTA-SÁNCHEZ, C. e LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, cit. e *loc. cit.*, p. 10.

113 *Ibidem*, e engaden, “Da calma á tempestade, sen preparación para unha transición máis gradual. É xa baixo a tempestade cando se activan as mensaxes de alerta, de responsabilidade individual e colectiva ou de autoeficacia” (*Ibidem*).

114 *Ibidem*, engádesse ao respecto: “unha portavocía técnica e institucional multiplicada (...) multiplica os riscos de contradición da mensaxe e copa todo o espazo mediático, satúrao, abrindo para a cidadanía un escenario de atención e de tensión permanente” (*Ibidem*).

115 *Ibidem*, ademais, resáltase a “crítica corporativa dos xornalistas ao sistema de preguntas” (*Ibidem*).

116 *Ibidem*, e conclúese que “a incerteza non debe estar disputada coa transparencia” (*Ibidem*).

117 Cfr. COSTA-SÁNCHEZ, C. e LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación e crise do coronavirus en España. Primeiras leccións”, cit. e *loc. cit.* p. 11.

118 *Ibidem*.

119 *Ibidem*, sobre esta referencia á “cultura da prevención”, os autores citan as orientacións da Organización Mundial da Saúde de 2015 no Marco de Sendai para a Redución do Risco de Desastres 2015-2030. Entre as “prioridades de acción” o dito marco recolle as seguintes: 1ª. Comprender o risco dos desastres. 2ª. Fortalecer a gobernanza do risco de desastres para xestionar o dito risco. 3ª. Inverter a redución do risco de desastres para a resiliencia. 4ª. Aumentar a preparación para casos de desastre co fin de dar unha resposta eficaz e para “reconstruír mellor”, nos ámbitos de recuperación, a rehabilitación e a reconstrución.

3.5 Loita contra a desinformación sanitaria e “infodemia” e a protección das liberdades informativas¹²⁰

3.5.1 Desinformación, “infodemia” e *fake news* sobre COVID-19. Iniciativas desde a OMS e a Unión Europea

Unha tarefa particularmente importante na xestión da crise do coronavirus foi e está a ser a loita contra a desinformación que se reflicte nas denominadas *fake news* ou *bulos*, en todo o relativo á crise sanitaria, máxime cando esta leva consigo moitas incertezas de carácter científico e técnico-sanitario. Desde hai unha década, a “loita contra a desinformación” é obxecto de estudo e control polos gobernos ata o punto de constituír unha nova política¹²¹. Non en van, o termo da “posverdade” púxose de moda moi vinculado aos novos medios de comunicación –as redes sociais– e ao seu gran potencial para a difusión “viral” de noticias falsas¹²². Como no caso do COVID-19 (no momento presente), díxose tamén que non hai vacina contra o pernicioso virus das *fake news*, que, ademais, xermolan e rexermolan e mesmo mutan en moi variadas cepas de desinformación. Unha nova enfermidade que se denomina “infodemia” e que consiste nunha sobreabundancia e sobreexposición de información é un terreo aboado para todo tipo de *bulos*, falsidades e “teorías conspiranoicas” que poden xerar confusión e mesmo pánico na opinión pública.

Ademais da desinformación, as políticas de comunicación sanitaria deben loitar contra outro problema: a “infodemia”, termo usado agora pola Organización Mundial da Saúde (OMS) en relación coa captación do vasto volume de noticias e información sobre o COVID-19 e a ambigüidade, a incerteza e, ás veces, o carácter enganoso, a baixa calidade ou directamente a natureza falsa dunha parte dese material informativo¹²³. Tamén nas Nacións Unidas, a UNESCO identificou as modalidades e os supostos de desinformación¹²⁴, que, segundo o secretario xeral da ONU, son un “veneno que está a pór en perigo aínda máis vidas” e constitúe outro “novo inimigo da humanidade”.

120 Cfr. a miña colaboración sobre “El COVID-19, información sanitaria y «fake news»”, *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, n. 18, 2020, pp. 202-201.

121 Cfr. o recente estudo de MUÑOZ MACHADO, J., “Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de Internet”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, pp. 122 e ss. Tamén o meu traballo: “Corrupción y sistema democrático: libertades informativas y lucha contra la desinformación”, *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 183-217.

122 Cfr. o ensaio de McINTYRE, L.C., *Posverdad*, Cátedra, Madrid, 2018.

123 Cfr. a colaboración dos profesores KLEIS NIELSEN, R. e FLETCHER, R., *Navegando la «infodemia»: así consume y califica las noticias y la información sobre coronavirus la gente en seis países*, Reuters Institute, Universidade de Oxford, 2020. Acceso web: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/navegando-la-infodemia-asi-consume-noticias-e-informacionsobre-coronavirus-espana-argentina-otros-paises>. Tamén, a opinión de COLOMINA, C., “Coronavirus: infodemia y desinformación”, *CIDOB-Opinión* 613, marzo de 2020.

124 Cfr. os Informes de 2020: DISINFODEMIC: Deciphering COVID-19 disinformation e DISINFODEMIC: Dissecting responses to COVID-19 disinformation, citados por D. CORRAL HERNÁNDEZ no seu traballo titulado: “La huella del coronavirus en los medios de comunicación”, *bie3: Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 18, 2020. Nestes estudos da UNESCO distínguense catro tipos de formatos en que a desinformación se aproveita da crise sanitaria: 1º. “A construción de narrativas emotivas e memes que mesturan algún elemento de verdade con mentiras, opinións persoais e información incompleta...”. 2º. “A creación de sitios web falsos de institucións e autoridades que conteñen información de fontes falsas ou manipuladas”. 3º. “A difusión de vídeos fraudulentos ben porque foron alterados, fabricados *ad hoc* ou descontextualizados,

Na loita contra a desinformación sanitaria, desenvolvéronse desde o inicio da crise do COVID-19 moitas iniciativas de carácter público e privado, empezando pola Organización Mundial da Saúde (OMS), que mantén nunha páxina web un apartado de “consellos para a poboación acerca dos rumores sobre o novo coronavirus”¹²⁵. Pola súa banda, a Unión Europea que desde 2015 vén desenvolvendo unha vigorosa estratexia –e un “plan de traballo”¹²⁶– contra a desinformación e coa posta en marcha dun Grupo de Traballo; en relación co coronavirus, este Grupo de Traballo desenvolve na súa páxina web (“EUvsDiSiNFO”) abundante información sobre o “coronavirus” e para detectar os posibles *bulos* e prácticas de desinformación¹²⁷.

É significativo que, con motivo da pandemia, ante a chamada da OMS para evitar que se propaguen informacións erróneas e de contido daniño, a xigante empresa Facebook se compromete a reprogramar as súas aplicacións (Instagram, WhatsApp, Messenger, etc.) para facilitar o acceso a alertas de saúde da OMS, colaborar no reforzamento da “Rede Internacional de Verificación de Datos” (*International Fact-Checking Network, IFCN*) e, entre outras medidas, a controvertida medida de limitar en WhatsApp a cantidade de veces que se poden reenviar mensaxes para reducir a propagación de mensaxes virais¹²⁸. Con anterioridade, na Unión Europea, tanto Facebook como Google, Twitter e Mozilla asinaron en setembro de 2018 o “Código de boas prácticas da Unión Europea” contra a desinformación.

3.5.2 O caso de España: seguridade nacional, desinformación e liberdade de expresión

No caso de España, no marco da “Estratexia de Seguridade Nacional” de 2017 (que desenvolve o previsto no artigo 4.3 da Lei 36/2015, de seguridade nacional), contémplase a “desinformación” como unha das ameazas e desafíos máis importantes para a seguridade nacional. Froito desta estratexia, en xuño de 2019 púxose en marcha, no seo da Garda Civil, unha “Unidade de Coordinación de Ciberseguridade” que ten como labores o control da “ciberdelincuencia”, o “hacktivismo”, os “ciberataques” e

para desacreditar algo a alguén” (chámase *deepfake*). 4º. “Trolls infiltrados en comunidades para estender a desinformación e campañas masivas de delitos informáticos, como o *phishing* ou a suplantación da identidade” (*Ibidem*, p. 7).

125 Cfr. a páxina web dispoñible en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novelcoronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters>.

126 Este grupo de traballo, denominado EastStratCom, é dependente do Servizo Europeo de Acción Exterior. Ata o momento actual son moitas as iniciativas desenvolvidas na Unión nesta materia (promoción de informes de expertos pola Comisión Europea, resolucións do Parlamento Europeo, aprobación do “Código de boas prácticas contra a desinformación”, etc.) que culminaron cun “Plan de acción contra a desinformación” publicado a finais de 2018. Cfr. O documento JOIN(2018) 36 final, do 5 de decembro de 2018. Neste plan propónse aumentar os recursos para frear a avalancha da información, desenvolver unha “resposta coordinada” entre os países membros, exixir o cumprimento do referido “Código de boas prácticas” por parte das plataformas que ofrecen información en liña, e a creación de “grupos de verificación e contraste de datos” (*fact-checkers*).

127 Cfr. a súa web “EUvsDiSiNFO”: <https://euvsdisinfo.eu>. En particular, sobre el “coronavirus” cfr. A ligazón: <https://euvsdisinfo.eu/disinformation-cases/?text=coronavirus>.

128 Cfr. o comunicado do “Head of Health” de Facebook, Kang-Xing Jin. “Keeping People Safe and Informed About the coronavirus” (25 de marzo de 2020) no que se expoñen as medidas adoptadas por Facebook para facilitar o acceso á información sanitaria segura, pechar o paso á desinformación e á información daniña e facilitar apoio global aos expertos en saúde pública, aos gobernos locais, ás empresas e ás comunidades. O comunicado está dispoñible en: <https://about.fb.com/news/2020/08/coronavirus/>.

a desinformación. E, así, con motivo da crise sanitaria polo COVID-19 –que agora nos ocupa–, entre as medidas promovidas polo Goberno –sobre a base do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma–, atópase a Orde (do Ministerio do Interior) INT/226/2020, do 15 de marzo, pola que se establecen uns “criterios de actuación para as Forzas e Corpos de Seguridade; en particular, no número 8 do apartado 4º establécese que “por parte dos corpos policiais actuantes e os centros competentes da Secretaría de Estado de Seguridade se impartirán *directrices para previr e minimizar os efectos da desinformación, extremándose a vixilancia e monitorización das redes e páxinas web en que se difunden mensaxes e informacións falsas orientadas a incrementar o estrés social*, e instando se é o caso as medidas de intervención previstas na lexislación aplicable”.

En plena crise sanitaria do COVID-19, das palabras utilizadas nunha comparecencia pública por un dos mandos da Garda Civil sobre as súas actividades de “ciberpatrullaxe” (antes citadas) parecía deducirse que, ademais de proceder a referida “Unidade de Coordinación de Ciberseguridade” a monitorizar a desinformación que puidese xerar “estrés social na poboación”, tamén era obxecto de control a que promovese a “creación dun clima contrario á actual xestión da crise” (por parte das institucións públicas ou do Goberno?). De aquí, algúns medios de comunicación puxeron de manifesto o perigo de que tales actividades puidesen levar consigo unha actividade de censura prohibida expresamente pola Constitución española de 1978 no seu artigo 20.2. Rapidamente, a mellor doutrina puxo de relevo que a normativa sobre alarma e a relativa á loita contra as enfermidades infecciosas, aínda que facultan medidas restritivas dos nosos dereitos e liberdades (como a libre circulación), en ningún caso afecta ás liberdades informativas¹²⁹. En todo caso, os labores de monitorización que sobre a desinformación realizan os Corpos e Forzas de Seguridade están destinados “exclusivamente a detectar aqueles *bulos* e desinformacións que xeran un gran nivel de estrés e alarma social, especialmente no eido da saúde”¹³⁰. E, neste sentido, como afirma o autor citado, “evidentes razóns de saúde pública xeral permitirían considerar que desinformacións escandalosas, como a que aseguraba a curación inxerindo lixivia, xeran un gran nivel de estrés e alarma social”¹³¹. Como afirma un recente comunicado do capítulo español do ISOC –a prol dunha “Internet aberta”–: “salvo contidos aberrantes por abertamente contrarios á saúde, ese tipo de medidas equivalen á censura previa da información e da opinión, e, a diferenza doutras restricións de liberdades, son tan innecesarias como ineficaces á hora de combater esta enfermidade”¹³².

Por conseguinte, así como se dixo que o “Estado de dereito non pode estar en coren-tena”, tampouco a liberdade de información –que debe ser “veraz” – e a liberdade de expresión poden ser limitadas salvo que incorran nos supostos de ilegalidade (os que

129 Cfr. GARCÍA MEXÍA, P., “La censura no cura el coronavirus”, *El Confidencial*, 26 de abril de 2020. Acceso web: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-04-26/censura-no-cura-coronavirus_2566380/.

130 *Ibidem*.

131 *Ibidem*.

132 Cfr. o seu texto completo en: <https://www.isoc-es.org/noticias/opinion-de-isoc-es-sobre-censuramedidas-de-control-previo-de-la-informacion-en-internet/>.

atentan contra o honor ou os que incorren nos chamados “discursos do odio”). Polo tanto, opinións –por moi duras que sexan– críticas da xestión que veñen realizando as autoridades en relación coa emerxencia sanitaria entrarían dentro do lexítimo exercicio da liberdade de expresión. Ademais –como recorda PRESNO LINERA–, é sabido que no debate político –sexa o que sexa– e, por suposto, de crítica ao Goberno, a liberdade de expresión goza da máxima protección e que todo límite que se intente aplicar se presume ilexítimo (segundo unha reiterada xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos de Estrasburgo, desde o asunto *Lingens c. Austria* do 8 de xullo de 1986)¹³³. Semellante liña xurisprudencial segue o noso Tribunal Constitucional (cfr. STC 165/1987, do 27 de outubro), e con relación ás redes sociais é moi significativa a recente STC 35/2020, do 25 de febreiro, no “caso Strawberry” sobre a relevancia da liberdade de expresión na sociedade democrática e cun ámbito “o suficientemente xeneroso como para que poida desenvolverse sen angostura; isto é, sen timidez e sen temor”¹³⁴.

4 Cara a un novo sistema de información sanitaria veraz, transparente e aberto, asesorado cientificamente, tecnoloxicamente avanzado e respectuoso coa privacidade

4.1 Necesidade dunha profunda revisión do sistema de información sanitaria

Pasados uns cantos meses desde o inicio do estado de alarma e tendo por diante a experiencia vivida na crise sanitaria, son moitas as voces críticas que se manifestaron acerca da súa xestión pública e, en particular, sobre o sistema de información sanitaria desenvolvido nestes meses. Deixando de lado as críticas procedentes dos partidos políticos que non están no Goberno, un grupo de científicos españois de prestixio publicaron na revista médica británica *The Lancet* unha carta reivindicando a necesidade de promover unha comisión independente para avaliar a resposta de España ante o COVID-19, pondo de manifesto, entre outras ideas, a “débil preparación para as pandemias”, o desinvestimento público en saúde dos últimos anos, a “reacción tardía das autoridades centrais e rexionais”, a “mala coordinación entre as comunidades autónomas e o Goberno central”, os “lentos procesos na toma de decisións”, a “baixa dependencia do asesoramento científico”, etc.¹³⁵; entre as “preocupacións concretas

133 Cfr. PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (2): la libertad de expresión”, cit.

134 *Ibidem*.

135 Cfr. a carta asinada por GARCÍA-BASTEIRO, A., ÁLVAREZ-DARDET, C., BENGEOA, R., BORREL, C., DEL VAL, M., *et al.*, “The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain”, cit. Nesta carta afirmase, entre outras cousas: “como é posible que España se atopase nesta situación a pesar de aparecer destacada en diferentes *rankings* que avalían o resultado dos sistemas sanitarios?”. “Foi duramente golpeada polo COVID-19, con máis de 300.000 casos, 28.498 mortes confirmadas e ao redor de 44.000 mortes en exceso”.

senaladas polos expertos atópase a relativa ao financiamento e o goberno da sanidade pública, a prestación destes servizos e a información dos sistemas de saúde, o acceso ao diagnóstico, entre outras”¹³⁶.

Máis recentemente, tamén na revista *The Lancet*, outros investigadores critican a xestión dos datos e a transparencia na información do sistema sanitario español, central e autonómico, “A necesidade de datos detallados do COVID-19 en España” (“The need for detailed COVID-19 data in Spain”) é o título do seu artigo en que se critica a insuficiencia de datos que se publican a nivel nacional e rexional para comprender a dinámica da pandemia e para adoptar medidas¹³⁷; aínda que recoñecen que o Centro Nacional de Epidemioloxía (CNE) foi introducindo melloras nos datos, consideran que segue a haber deficiencias, especialmente no relacionado coa desagregación por idades, a cal é unha información esencial para comprender a pandemia e orientar as políticas¹³⁸.

Desde o xornalismo de investigación, parécenos de grande interese a análise levada a cabo, pasados catro meses da activación do estado de alarma, por K. LLANERAS, especialista en análise e xornalismo de datos do diario *El País*. No seu informe-balance –publicado baixo un expresivo título: “Os problemas de usar datos do século pasado para unha pandemia do século XXI”– sobre a xestión de datos e información sanitaria do COVID-19 en España, acaba concluíndo que: “Unha lección desta crise é que se debe mellorar a capacidade das administracións para xestionar información sanitaria; por transparencia, pero sobre todo porque dispor de datos ordenados, detallados e abertos axudará a combater epidemias”¹³⁹. “Segundo un dos expertos en que se basea o informe, a xestión da información e o manexo dos datos estatísticos foi un gran problema en España e en Europa”. Concretando algúns dos problemas con que se atoparon as administracións sanitarias en España, cabe sinalar –segundo o informe de K. LLANERAS– os seguintes:

1º. **Colapso dos sistemas de detección e control:** a detección temperá dos casos fallou desde os comezos da crise sanitaria por contar para tal fin cun “protocolo demasiado estreito”: “o sistema perdeu o tren da epidemia moi pronto”; “os servizos de saúde das comunidades estaban a alimentar o sistema con moito atraso”; “os servizos que debían vixiar e controlar a epidemia estaban superados”; algúns dos sistemas de información eran dispares e incompatibles; fallou o rastrexo de contactos; faltou o liderado do Ministerio de Sanidade nos sistemas de vixilancia epidemiolóxica que debiera mellorar o funcionamento do “SiVies” (a plataforma informática do Centro Nacional de Epidemioloxía)¹⁴⁰.

136 *Ibidem*.

137 O artigo está asinado por TRIAS-LLIMÓS. S., ALUSTIZA, A., PRATS, C., TOBIAS, A. e RIFFE, T., “The need for detailed COVID-19 data in Spain”, cit.

138 *Ibidem*. Sinalan que os datos do COVID dependen das 17 comunidades autónomas: cinco delas ofrecen de forma independente métricas da pandemia, seleccionadas por idade e por sexo, pero non sempre son comparables entre estas poucas rexións.

139 A súa colaboración titulada “Los problemas de usar datos del siglo pasado para una pandemia del siglo XXI. El Gobierno español ha sido incapaz de proporcionar números claros durante la crisis”, *Informes periodísticos de EL PAIS sobre “El Libro Blanco de la Pandemia”*, 21 de xuño de 2020.

140 *Ibidem*.

2º. *Falta de organización e planificación na xestión dos datos*: o Centro de Coordinación (CCAEE) centralizou os datos ofrecidos polo Ministerio de Sanidade e polos servizos sanitarios das comunidades autónomas pero faltou integración dos sistemas de información, e a recepción e xestión dos datos foi deficiente; o Goberno tratou de ordenar este proceso –a través das OOMM do 15 de marzo e do 12 de maio– e houbo que agardar varios meses para lograr unha información máis axeitada e precisa que permitise, por exemplo, unha detección precoz¹⁴¹.

3º. *Interrupción e incorreccións dos datos obtidos*: ata o cambio de xestión dos datos (de datos individuais) a transición foi tortuosa e iso supuxo a recepción de datos erróneos e falseados polos cambios de criterio na súa recepción e xestión; así, por exemplo, ata o momento presente é moi controvertido o número total reportado de falecidos polo COVID-19¹⁴².

4º. *Deficiente fundamentación das decisións sobre a pandemia*: ante a deficiente xestión dos datos, cabe deducir que moitas das decisións adoptadas o foron con falta de apoio científico; en concreto, foi criticado o proceso de “desescalada” fixado nun plan do 28 de abril de 2020 sobre a base de criterios obxectivos e marcadores públicos en cada provincia que non foron publicados de forma completa; tampouco se daba información sobre o número de rastrexadores, os contactos por infectado ou cantos daban positivo¹⁴³.

5º. *Opacidade dos datos para os científicos*: o Ministerio de Sanidade “apenas ofreceu datos abertos” sobre o coronavirus”; faltou transparencia, o cal “exixe comunicar os datos de forma sistemática e en formatos que poidan ser reutilizados e escrutados”; “quizais o máis grave é que o acceso aos datos está sendo restrinxido mesmo aos científicos”¹⁴⁴.

Tras esta descrición do mellorable proceso de xestión da información sanitaria sobre o coronavirus, K. LLANERAS conclúe o seguinte:

1º. “Os sistemas de información nacionais demostráronse limitados”¹⁴⁵.

2º. “Faltaron recursos en saúde pública”: “Os servizos das comunidades víronse rapidamente superados nas súas tarefas de vixilancia e control. Faltou persoal, especialmente no rastrexo de contactos. Ademais, é posible que ese persoal tivese que suplir con traballo manual as carencias en sistemas de información”. “Quizais falten profesionais con perfís cuantitativos, especialistas en datos”.

3º. Faltou a “cultura da transparencia”¹⁴⁶.

141 *Ibidem*.

142 *Ibidem*.

143 *Ibidem*.

144 *Ibidem*.

145 *Ibidem*, engade: “O CNE ten como meta xerar información para a toma de decisións en saúde pública, pero os datos chegaronlle con moito atraso en momentos clave. O CCAES, cuxa función é coordinar a xestión da información en emerxencias sanitarias, non sempre recibía os datos de forma automática e tardou meses en pedir información individualizada”.

146 *Ibidem*, engade: “Algúns dos problemas coa xestión non teñen as súas raíces na falta de recursos: publicar un CSV é tan doado como publicar un PDF”.

4º. É preciso facer unha investigación sobre os fallos de xestión tratando de descubrir os seus motivos e as barreiras técnicas que xurdiron¹⁴⁷.

4.2 As novas propostas institucionais para a reforma do sistema de información tras o estado de alarma

Tras o transcurso dos tres primeiros meses da declaración do estado de alarma, o Goberno español deseñou o “Plan de transición cara á nova normalidade” –elaborado polo Ministerio de Sanidade e publicado o 28 de abril de 2020–; de cara ao “desconfinamento”, o proceso de “desescalada”, debía ser “gradual, asimétrico, coordinado coas comunidades autónomas e adaptable aos cambios de orientación necesarios en función da evolución dos datos epidemiolóxicos e do impacto das medidas adoptadas”¹⁴⁸, pero para tal fin o proceso de transición require unha información sólida sobre a evolución da pandemia e a capacidade dos servizos de atención sanitaria¹⁴⁹. Dentro das “capacidades estratéxicas” que cómpre reforzar, atópase a de promover “un modelo eficaz e seguro de alerta e vixilancia epidemiolóxica”¹⁵⁰ e, ao tratar da “recuperación da actividade”, ponse de relevo a importancia da “información de servizo público á cidadanía”¹⁵¹.

Uns meses despois, con motivo da “Comisión non Permanente para a Reconstrución Social e Económica” –constituída no Congreso dos Deputados o 7 de maio de 2020–, nas conclusións formuladas “para a reconstrución social e económica” –aprobadas o 29 de xullo de 2020– sobre o apartado relativo á “Sanidade e Saúde”, despois de reafirmar os “valores e principios reitores do Sistema Nacional de Saúde”, propón “incorporar a todos os niveis do Sistema Nacional de Saúde os principios e instrumentos de boa gobernanza” e, entre eles, para os efectos deste traballo, os seguintes:

147 *Ibidem*.

148 MINISTERIO DE SANIDADE, *Plan de transición hacia la nueva normalidad*, 28 de abril de 2020, p. 5.

149 *Ibidem*, p. 7.

150 *Ibidem*, pp. 10 e ss. As outras capacidades estratéxicas son: a “identificación e contención das fontes de contaxios”, a “asistencia sanitaria” e as “medidas de protección colectiva”. Sobre o referido “modelo de alerta epidemiolóxica”, dise: “Monitorizar a transición de forma efectiva e segura exige configurar un sistema de información epidemiolóxica baseado en series de datos de máxima fiabilidade, elaboradas con criterios homoxéneos para todo o territorio nacional, cun nivel de desagregación por área de saúde (para permitir uns niveis de granularidade territorial máis avanzados), con responsables identificados e actualización diaria. Dispor de sistemas de información da calidade mencionada require dun reforzo dos servizos de vixilancia epidemiolóxica nas comunidades autónomas e no nivel central, e unha adaptación dos sistemas informáticos actuais nunha parte importante do territorio. Un sistema de información ben preparado debe partir de indicadores de alertas temperás e intermedias como os propostos no anexo I, ou obtidos a partir doutras fontes alternativas (apps de móbiles, chamadas a teléfonos de urxencias sanitarias, etc.)” (p. 11).

151 Para xustificar o realizado neste aspecto ata o momento, dise: “cabe sinalar a comunicación efectuada durante esta etapa que transmitiu información actualizada da evolución da pandemia e farao da incidencia das distintas fases da desescalada. Ata a data fíxose un grande esforzo para que a cidadanía poida ter información oficial, transparente e actualizada cada día. Un esforzo que debe ter continuidade, pois a relevancia da comunicación e a transparencia será crucial en discorrer pola desescalada. Desde a aprobación do real decreto polo que se declara o estado de alarma, ofrecéuselles aos medios de comunicación unha rolda de prensa diaria cos voceiros do denominado Comité de Xestión Técnica do Coronavirus, así como numerosas comparecencias do presidente do Goberno, dos ministros designados como autoridades competentes delegadas e doutros titulares ministeriais do Goberno. Ata o 27 de abril celebráronse un total 112 roldas de prensa telemáticas con 1.040 quendas de preguntas ao presidente e outros membros do Goberno. Ademais, realizáronse tres *video-briefings* informativos e máis de 180 entrevistas de ministros do Goberno en medios de comunicación nacionais e internacionais”.

- “Transparencia, rendición de contas, participación democrática (...), eficiencia, calidade...” (apartado 2.1).
- Basear as decisións en datos e evidencias científicas contrastadas” (apartado 2.4).
- Promover unha cultura de boas prácticas e de ética profesional co desenvolvemento de normativas a prol dunha boa gobernanza (...): obrigas de transparencia e publicidade activa (...), protección dos denunciantes (*whistleblowers*)...” (apartado 2.8).
- “Mellorar a cooperación e a coordinación interautonómica. A pandemia puxo de relevo as dificultades na coordinación entre as comunidades autónomas e o Ministerio de Sanidade á hora de propor e facer operativas políticas sanitarias comúns, así como dispor da información necesaria en situacións de crise. Por iso, é necesario establecer un novo marco de cooperación e coordinación no Sistema Nacional de Saúde” (apartado 3.1).
- E, para “reforzar o Ministerio de Saúde para que poida desempeñar con efectividade as súas funcións nun sistema descentralizado”, destácase a necesidade de “fortalecer cun estatuto especial o Sistema de Información do Sistema Nacional de Saúde...” (apartado 4.2).

Na boa dirección que sinalan estas propostas institucionais está a sucesiva actualización da “Estratexia de Detección Precoz, Vixilancia e Control do COVID-19” elaborada polo Instituto de Saúde Carlos III¹⁵², na cal se afirma, dunha parte, que “a monitorización da epidemia exige sistemas de información epidemiolóxica que proporcionen datos diarios para a toma de decisións. Para iso, deben facerse as adaptacións en sistemas de información sanitaria e de vixilancia epidemiolóxica que lle permitan á Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica (Renave) dispor da información necesaria, cun nivel de desagregación e detalle axeitado, para garantir unha capacidade de reacción rápida que leve á adopción das medidas oportunas de control”¹⁵³. E, doutra parte, dise que “o seguimento do nivel de transmisión da epidemia debe facerse compaxinando a información obtida de distintos niveis, incluíndo centros sanitarios e sociosanitarios tanto públicos como privados, laboratorios e servizos de prevención de riscos laborais”¹⁵⁴.

152 A última versión que manexamos é a do 25 de setembro de 2020. Trátase dun documento revisado polo Relatorio de Alertas e Plans de Preparación e Resposta e pola Comisión de Saúde Pública do Consello Interterritorial.

153 P. 3 da “Estratexia”, engádesse que: “Así, cada compoñente da Renave, a nivel de CC.AA. e o nivel nacional (tanto o Ministerio de Sanidade como o Centro Nacional de Epidemioloxía do ISCIII) debe dispor dos recursos humanos, especialmente nas unidades de vixilancia epidemiolóxica, e dos desenvolvementos tecnolóxicos e informáticos necesarios para a obtención e análise continua dos casos e para a xestión axeitada dos contactos”. No anexo 2 da estratexia concrétese a “información epidemiolóxica a notificar de forma agregada”.

154 *Ibidem*. Ademais, para tal fin, “os Servizos de Saúde das CC.AA. e os servizos asistenciais tanto da sanidade pública como das entidades privadas adecuarán os seus sistemas informáticos para posibilitar a obtención da información mínima exixida no tempo e na forma indicados nos correspondentes protocolos de actuación e aplicacións informáticas establecidas”.

4.3 Un goberno aberto, transparente e informado na xestión da información sanitaria

4.3.1 Un presuposto insubstituíble: a calidade e a xestión dos datos

Como sinalabamos ao comezo –segundo o profesor CIERCO SEIRA–, a información sanitaria, na cantidade e calidade axeitadas, é imprescindible para a gobernanza e a xestión da saúde pública, máxime cando se trata dunha pandemia que require unha grande urxencia na xestión e uso dos datos dispoñibles. Todo iso tendo en conta as grandes incertezas que planean sobre unha crise sanitaria como a provocada polo coronavirus.

Desde o comezo da pandemia, o cómputo global de falecidos nunca foi parello con respecto aos sistemas estandarizados, como o utilizado polo Instituto de Saúde Carlos III e o seu sistema de monitorización da saúde (“MoMo”), así como as cifras que se desprenden da evolución interanual de falecidos que publica o Instituto Nacional de Estatística (INE)¹⁵⁵. As autoridades sanitarias españolas tiveron que axustar en varias ocasións o seu sistema de cómputo de vítimas e contaxiados polo coronavirus coa solicitude previa do Centro Europeo para a Prevención e Control das Enfermidades e a Organización Mundial da Saúde.

O propio Goberno –a través do seu Ministerio de Asuntos Económicos e Transformación Dixital– anunciou de xeito temperán (a mediados do mes de marzo de 2020) un conxunto de iniciativas de ámbito dixital ás cales nos referiremos máis adiante e entre as que se atopaba a creación da “oficina do dato do coronavirus” como sistema centralizado para xestionar un cadro de mando integral dos datos xerados polas comunidades autónomas, pero tal organismo non chegou a crearse.

A contabilización dos datos do COVID-19 procedentes das comunidades autónomas comunícase á Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica a través da plataforma informática vía Web SiVies, que xestiona o Centro Nacional de Epidemioloxía. O contido da enquisa ás comunidades autónomas foise modificando conforme as prioridades do momento e, a partir do 11 de maio de 2020, modificouse debido á nova “Estratexia de Vixilancia e Control”, simplificando a enquisa para facela máis áxil¹⁵⁶. En todo caso,

155 Así, por exemplo, cando escribimos estas liñas (principios do mes de novembro de 2020), a táboa de falecidos escalou dos 36.495 do día 3 de novembro aos 38.118 desde o pasado mes de marzo, o cal foi xustificado polo Goberno sinalando que os 1.623 falecidos engadidos de golpe foron por decesos que non puideron confirmarse a través dunha PCR. E tendo en conta que, segundo o INE, o “exceso de mortalidade” interanual se eleva a uns 60.000 falecidos, podería deducirse que o número de falecidos por coronavirus podería duplicarse respecto do cómputo oficial. Tales informacións son facilitadas periodicamente polo Centro Nacional de Epidemioloxía, pertencente ao Instituto de Saúde Carlos III e no que se integra ademais a “Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica” (Renave).

156 Os obxectivos da vixilancia epidemiolóxica son actualmente segundo o Informe n. 51 sobre “Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir del 10 de mayo”, datado o 6 de novembro de 2020. Sobre a Orde SND/404/2020, do 11 de maio, de medidas de vixilancia epidemiolóxica da infección por SARS-CoV-2 durante a fase de transición cara a unha nova normalidade, cfr. o artigo de MARZO PORTERA, A., “El tratamiento de datos personales de datos de contagiados y sospechosos para la vigilancia epidemiológica en la nueva normalidad”, *Blog “Hay Derecho” - Expansión*, 21 de maio de 2020, demándase das autoridades sanitarias “transparencia, concreción e máis detalle sobre o tratamento dos datos dos cidadáns, lembrando que calquera actividade de tratamento que se realice con categorías especiais de datos, como é a saúde, deberían ser planificadas a través dunha avaliación de impacto cuxo resultado, cando menos, debería incluír non só a definición das medidas, senón a súa propia implantación con carácter previo á recollida de calquera dato de carácter per-

as sucesivas modificacións na metodoloxía e no cómputo dos datos orixinaron unha confusión acumulada na información dispoñible que debería ser rectificada.

Para unha mellora na xestión dos datos epidemiolóxicos, ademais dunha maior coordinación entre os servizos de información epidemiolóxica das comunidades autónomas co Estado a través da súa Rede Nacional de Vixilancia Epidemiolóxica, será preciso un investimento en medios materiais e persoais. O Comité Español de Matemáticas (CEMat), que desde o comezo da pandemia puxo en marcha a iniciativa “Acción Matemática contra o Coronavirus”, ofrecendo a súa colaboración para analizar, comprender e actuar ante a emerxencia, solicitou do Goberno a disposición dunha serie de datos e información indispensable¹⁵⁷. Os ditos expertos en matemáticas poden facilitar, ademais, unha predición cooperativa para facilitarlles ás autoridades información do comportamento a curto prazo de variables de grande interese na expansión do virus COVID-19. Pero tales predicións dependen, claro está, da calidade dos datos dispoñibles.

Un factor moi importante da xestión da pandemia nos países onde mellor se xestionou esta foi a realización das probas de diagnóstico mediante PCR (sigla en inglés de “reacción en cadea da polimerase”) que permiten detectar un fragmento do material xenético dun patóxeno ou microorganismo, como é o caso da detección, se é o caso, do COVID-19. E, doutra parte, outra medida clave para a detección precoz e contención da propagación do coronavirus é a actuación dos “rastrexadores”, profesionais –que non necesariamente teñen que ser sanitarios– encargados de buscar todas aquelas persoas que estivesen en contacto cun positivo de coronavirus¹⁵⁸. No último apartado deste traballo referirémonos aos medios tecnolóxicos que tratan de suplir as accións realizadas directamente polos medios persoais do sistema sanitario.

Finalmente, para a xestión da información ten gran relevancia a iniciativa da Unión Europea sobre unha “Estratexia Europea de Datos”, promovida pola Comisión Europea co fin de “configurar o futuro dixital de Europa”¹⁵⁹, na cal, tras analizar os problemas existentes (sobre dispoñibilidade de datos, inoperabilidade e calidade de datos, gobernanza de datos, etc.), pon de relevo, entre outros campos, o relativo a “un espazo de datos referido á saúde que é esencial de cara aos avances na prevención, a detección e a cura de enfermidades, así como para a toma de decisións fundadas e

soal”. Acceso web: <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/21/el-tratamiento-de-datospersonales-de-contagiados-y-sospechosos-para-la-vigilancia-epidemiologica-en-la-nueva-normalidad/>.

157 Así, por exemplo:

- Series de datos diarios da epidemia, completas e desagregadas por comunidades autónomas e por rangos de idade e sexo.
- Microdatos dos casos diagnosticados, incluída información de interese para cada paciente.
- Microdatos de enquisas que se poden estar a facer por parte das administracións públicas.
- Datos sobre recursos dispoñibles no sistema de saúde.
- Rexistros de mobilidade de poboación.

Vid. a información dispoñible sobre a referida “Acción matemática contra o coronavirus” na páxina web: <http://matematicas.uclm.es/cemat/covid19/>.

158 Sobre a súa metodoloxía de actuación cfr. MINISTERIO DE SANIDADE, “Estrategia de Detección Precoz, Vigilancia y Control del COVID-19”, 25 de setembro de 2020. Acceso web: https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf.

159 Cfr. a Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións sobre “Unha Estratexia Europea de Datos”, Bruxelas, 19 de febreiro de 2020, COM(2020) 66 final.

baseadas en probas co fin de mellorar a accesibilidade, a efectividade e a sustentabilidade dos sistemas de saúde”¹⁶⁰.

4.3.2 Unha comunicación veraz e transparente

Unha vez que a información é o máis completa posible, tamén vimos ao longo do traballo que, por tratarse dunha situación de risco sanitario de considerable gravidade social, é precisa unha axeitada “comunicación do risco” nos termos que, como xa sabemos, establece, dunha parte, o artigo 4, d) da LXSP: unha información que “se facilitará desagregada, para a súa comprensión en función do colectivo afectado, e estará dispoñible nas condicións e no formato que permita o seu plan de accesibilidade ás persoas con discapacidade de calquera tipo”; e, doutra parte, no artigo 6 da LBRAP, exíxese que a información “se difunda en termos verdadeiros, comprensibles e axeitados para a protección da saúde...”.

Radica neste punto a confiabilidade da gobernanza do risco sanitario, pero para tal fin, de novo, a calidade dos datos e a súa interpretación axeitada resultan da máxima importancia.

Polo que se refire á “loita contra a desinformación”, cabe preguntarse ¿que máis pode facer o dereito para combater esta perigosa pandemia –a desinformación e as *fake news*– que ataca, máis alá dos corpos, as mentes e os pensamentos?

Ao meu xuízo, tratándose dun problema de información, a solución debe vir pola mellora dos medios, instrumentos e calidade da información sanitaria. Nesta dirección, a Organización Mundial da Saúde publicou en 2018 unhas “Directrices sobre políticas e prácticas para a comunicación de riscos e emerxencias” nas cales se expresa que unha das claves desta comunicación é “xerar confianza”, “as intervencións de comunicación de riscos deberán estar vinculadas a servizos operativos e accesibles, ser transparentes, realizarse en tempo oportuno e ser doados de comprender, recoñecer os elementos de incerteza, ir ás poboacións afectadas e propiciar a súa participación...”. Como vimos ao comezo desta colaboración, a nosa vixente Lei 33/2011, de saúde pública, rema nesta dirección de subliñar a transparencia informativa e a áxil e neutral información sanitaria. Máis discutible é, na miña opinión, a súa forma de execución no momento presente.

Nesta tarefa de proporcionar información fiable e de calidade, púxose de manifesto a importancia da divulgación dos que mellor coñecen os aspectos técnicos dos temas sanitarios implicados. Por tal motivo, no caso de España, parécenme de grande interese as recomendacións desenvolvidas polos epidemiólogos e pola “Asociación Española de Comunicación Científica (AECC)”¹⁶¹.

160 *Ibidem*, p. 27. *Vid.*, así mesmo, o seu apéndice nas súas pp. 35 a 37 sobre os datos relativos á saúde.

161 Con anterioridade á crise do COVID-19, pode destacarse a publicación da FUNDACIÓN DR. ANTONIO ESTEVE e ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMUNICACIÓN CIENTÍFICA, *Epidemiología para periodistas y comunicadores*, Barcelona, 2015. Pola súa banda, a AECC difundiu na súa páxina web, desde a declaración da pandemia, diversos comunicados e consellos para informar sobre o coronavirus (cfr. A súa páxina web: <https://www.aecomunicacioncientifica.org/lista-de-fuentes-fiables-sobre-el-nuevo-coronavirus/>).

Así mesmo, os medios de comunicación tradicionais (prensa, radio e televisión) teñen unha especial responsabilidade na difusión dunha información veraz e contrastada. Pero que dicir dos novos medios de comunicación, as redes sociais, que constitúen nos nosos días un vector potentísimo de *fake news*? E aquí barállanse dúas principais solucións: a “regulación” polos gobernos de instrumentos xurídicos de control e, se é o caso, de eliminación dos supostos graves de desinformación (Alemaña, Francia, etc.), e a “autorregulación” promovendo “códigos de conduta contra a desinformación” para as plataformas tecnolóxicas de provisión de información en liña e a creación de entidades de verificación de datos.

Como xa defendín nun dos meus últimos traballos, a longo prazo, “para combater este novo reto da desinformación non abundan as normas e códigos de boas prácticas, senón que o maior desafío é promover unha educación de calidade nos nosos cidadáns”, chámese “alfabetización dixital” ou como se queira¹⁶². Sei que iso require tempo e moito esforzo, pero é o mellor investimento de futuro. Pero, como todo o relativo á saúde, sobre todo cando esta corre perigo nunha emerxencia sanitaria como a do COVID-19, necesita unha actuación urxente, debe traballarse nunha mellora das vías e instrumentos públicos de información sanitaria dispoñibles, para que sexan máis confiables, diferenciados dos utilizados polos órganos de expresión política, imbuídos de transparencia e calidade técnica, empáticos cos medios de comunicación, accesibles á opinión pública (sen ocultar a verdade dos feitos por negativos que estes sexan) e ben asesorados tecnicamente. En todo caso, non son partidario do estrito control goberamental da desinformación (habería que convir primeiro no que é, propiamente, desinformación) salvo os supostos de contidos ilegais flagrantes. En todo o que fai referencia á información, é preferente preservar no Estado de dereito unhas vigorosas liberdades informativas que promovan un san ecosistema para a opinión pública que é clave para o cabal desenvolvemento dun Estado democrático.

Fronte á pandemia da “desinformación”, aínda que non se prevé a preparación dunha vacina eficaz que a conxure definitivamente, a transparencia na información pública sanitaria, a boa comunicación dos riscos e o asesoramento técnico previo aparecen, ao meu entender, como “antirretrovirais” que impiden ou minimizan a daniña expansión do virus das noticias falsas. Como conclúe a investigadora do CIDOB Carmen COLOMINA: “a restauración da saúde pública pasará tamén por recompor a saúde informativa”¹⁶³.

Por último, como sinala PONCE SOLÉ, na xestión pública da pandemia non deben esquecerse as ciencias do comportamento e, en particular, estas poderían axudar aos xestores da crise do COVID-19 a “comprender mellor como os nesgos humanos afectan ás percepcións dos riscos que teñen os cidadáns” e, neste sentido, “non é suficiente con comunicar, hai que facelo efectivamente”¹⁶⁴.

162 Cfr. SANZ LARRUGA, F.J., “Corrupción y sistema democrático: libertades informativas y lucha contra la desinformación”, cit., pp. 183-217.

163 A súa opinión: COLOMINA, C., “Coronavirus: infodemia y desinformación”, cit.

164 PONCE SOLÉ, J., “Respuestas frente a la pandemia de COVID-19: ciencias del comportamiento, derecho público y gestión pública”, > *Blog do CEPC*, 25 de maio de 2020.

4.3.3 Un órgano independente para o asesoramento científico e técnico

Ao comezo deste traballo citabamos o profesor ESTEVE PARDO no seu traballo sobre como se debería xestionar a pandemia tendo en conta a “espesa incerteza” que rodea todo o relativo ao COVID-19 e que, en tal caso, debe desenvolverse unha “estratexia interna de decisión sobre certezas e referencias” baseada en presuncións que, na súa perspectiva institucional, pode concretarse nun “órgano integrado por expertos moi cualificados para extraer del a necesaria presunción de autoridade científica para dar cobertura ás decisións políticas ou administrativas en situacións de incerteza”¹⁶⁵.

Tal órgano independente de asesoramento científico resulta esencial para a xestión da crise sanitaria na cal a complexidade e a incerteza que xera a pandemia constitúen unha nota fundamental da situación presente, e só cun sólido apoio científico é posible soportala dignamente. Ademais, como xa vimos, o ordenamento xurídico vixente exíxelles –conforme o previsto no artigo 11 da LXSP– “transparencia e imparcialidade ás organizacións científicas e profesionais e ás persoas expertas cos que colaboren nas actuacións de saúde pública...” e tamén prevé expresamente que “será pública a composición dos comités ou grupos que avalíen accións ou realicen recomendacións de saúde pública...”¹⁶⁶.

Nesta dirección, son moi expresivos os comunicados emitidos en España pola “Sociedade Española de Epidemioloxía” (SEE) con motivo da vixente crise sanitaria: “a toma de decisións políticas debería facerse escoitando e valorando as opinións dos distintos actores/sectores, técnicos, científicos e representantes da sociedade civil. Dado que a vida e as crises teñen moitas facetas e aspectos que cómpre considerar, son os políticos os que deberían valorar, en cada momento e co mellor coñecemento dispoñible, o que é máis conveniente para o conxunto da cidadanía”¹⁶⁷. Tamén nos parece de gran valor o “Manifiesto a favor dunha resposta coordinada equitativa e baseada na evidencia científica”, emitido por representantes de 55 sociedades científicas participantes no I Congreso Nacional COVID-19 e que se resumen en once puntos¹⁶⁸, dos que subliñamos, para os efectos deste traballo, o primeiro, relativo a que a

165 Cfr. ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, cit. e *loc. cit.*, p. 47.

166 Como xa vimos anteriormente, a entidade Transparencia Internacional, no seu comunicado de maio de 2020, recomendáballe ao Goberno, entre outros asuntos, a constitución dun “comité de expertos” con publicación de forma clara da composición e designación dos membros dese comité.

167 Cfr. a “Carta de la SEE” titulada “No dispares al pianista. El papel del personal técnico de la Administración Pública en la toma de decisiones”, 16 de xuño de 2020, dispoñible na páxina web da SEE: <https://www.seepidemiologia.es/documents/dummy/Carta%20de%20la%20SEE%20sobre%20el%20valor%20del%20trabajo%20de%20los%20epidemiólogos%20.pdf>.

168 Trátase dos seguintes:

1. Resposta sanitaria baseada na evidencia científica e no interese xeral.
2. Lealdade política e institucional e aprendizaxe continua.
3. Resposta rápida.
4. Protocolización nacional de mínimos.
5. Principio de equidade e reserva estratéxica nacional de material.
6. Coordinación territorial.
7. Minimización do impacto da pandemia na atención a outros procesos.
8. Rexeitamento a calquera discriminación.
9. Responsabilidade individual.
10. Fronte á desinformación, sensibilización e educación para a saúde.
11. Aposta polo traballo multidisciplinario.

Acceso web: https://seom.org/images/SEOM_COVID19_Manifiesto_ESP.pdf.

resposta sanitaria debe estar baseada na evidencia científica e no interese xeral”¹⁶⁹ e das medidas “fronte á desinformación, sensibilización e educación para a saúde”¹⁷⁰.

4.4 O imprescindible recurso á tecnoloxía e a innovación na loita contra o coronavirus. A ponderación entre a protección da saúde e a preservación da privacidade¹⁷¹

4.4.1 Ideas previas sobre a aplicación das tecnoloxías informáticas e telemáticas no control do COVID-19. Intelixencia artificial e *big data*

É indubidable que, na loita contra o coronavirus, as tecnoloxías dixitais poden desenvolver –e, de feito, están a facelo– un importante papel: o *big data* e a intelixencia artificial para xestionar un enorme volume de información que a xestión da pandemia xera¹⁷²; a “robótica”, que pode reducir a carga de traballo do persoal sanitario; as medidas de “ciberseguridade” que é preciso adoptar para preservar a seguridade dos servizos informáticos e dos datos que se manexan; mesmo a tecnoloxía *blockchain* podería desempeñar un papel relevante para controlar a trazabilidade das informacións e a xestión das identidades dixitais¹⁷³. Algunhas destas aplicacións están a cobrar nos últimos anos una grande importancia dentro do fenómeno da “saúde móbil” (*e-Health*)¹⁷⁴, xa que poden axudar a evitar o colapso dos hospitais. Ademais, as tec-

Regap



ESTUDIOS

169 En concreto, afirmase: “A pandemia de COVID-19 puxo de manifesto a necesidade de que a ciencia debe xogar un papel máis relevante na esfera pública e na toma de decisións de xestión sanitaria. Por iso cómpre establecer os procedementos necesarios entre a comunidade científica e os centros de decisión política para garantir que as medidas e estratexias adoptadas responden á mellor evidencia e consenso científico e sanitario”.

170 Dise: “Piares moi importantes para o control da epidemia son os medios de comunicación, os líderes de opinión e a sociedade civil. O papel que estes axentes están a realizar está resultando esencial no coñecemento e concienciación da poboación sobre a pandemia de COVID-19. Nestes momentos resulta especialmente necesario o seu papel na loita contra a desinformación, a xeración de falsas noticias e campañas negacionistas. É preciso polo tanto unir esforzos e despregar unha ampla estratexia de difusión, sensibilización e concienciación á poboación. Esta, en meses vindeiros, deberá incidir na importancia da vacinación. No mundo post-COVID, a información veraz como xeradora de coñecemento, a sensibilización e a educación para a saúde serán esenciais e permitirannos afrontar con mellores perspectivas novas ameazas”.

171 Cfr. o traballo de PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”; Blanquer Criado, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 135-185.

172 O *big data* podería axudar a comprender a árbore xenealóxica do virus e *machine learning* podería colaborar na busca dunha terapia.

173 Cfr. o informe da empresa GRANT THORNTON, *Perspectiva del COVID-19. Tecnología e innovación contra el coronavirus*, abril de 2020. En 2013 publicouse o libro de Viktor MAYER-SCHÖNBERGER, profesor de “Regulación e xestión de Internet” no Internet Institute da Universidade de Oxford, titulado *Big Data. A revolución dos datos masivos*; no seu primeiro capítulo (“Agora”) narrábase como en 2009 se descubriu o virus da “gripe H1N1” e como, antes de que os Centros de Control e Prevención de Enfermidades (CDC) dos Estados Unidos o detectasen, uns enxeñeiros de Google publicaron un artigo en *Nature* no cal explicaban como este xigante de Internet podía predicir co tratamento de *big data* do seu buscador a propagación do virus grazas ás consultas dos seus usuarios sobre temas relacionados cos indicios desta enfermidade (MAYER-SCHÖNBERGER, V. e CUKIER, K., *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013).

174 Cfr. o traballo de NAVAS NAVARRO, S., “Aspectos jurídicos de las aplicaciones móviles de salud (apps sanitarias y wearables)”; *Diario La Ley*, 14 de maio de 2020.

noloxías dixitais non só poden ser útiles para a detección e prevención en emerxencia de saúde pública, senón tamén para a súa resposta e recuperación¹⁷⁵.

A “Axencia Española de Protección de Datos” (AEPD), no seu interesante documento informativo de maio de 2020 sobre *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID. Un análisis de costes y beneficios*¹⁷⁶, desenvolve as máis importantes solucións tecnolóxicas que se están a utilizar na loita contra a pandemia e que podemos sistematizar do seguinte xeito:

1. Técnicas de “xeolocalización” de móbiles de usuarios, que, pola súa vez, pode realizarse ben sexa por parte dos operadores de telecomunicacións ou ben por medio das redes sociais¹⁷⁷.

2. Aplicacións (*apps*), *webs* e *chatbots* para o seguimento, control, información e citación dos usuarios – infectados ou non – en relación co coronavirus e con diferentes niveis de voluntariedade.

3. Os “pasaportes de inmunidade” que revelan se o seu portador está contaxiado ou, presuntamente, inmunizado por pasar a enfermidade.

4. As “cámaras de infravermellos para lecturas masivas de temperatura”.

Polo que se refire á intelixencia artificial e a xestión do *big data*, o “Comité *ad hoc* de intelixencia artificial” (CAHAI) do Consello de Europa, na súa publicación sobre *A intelixencia artificial (IA) e o control do coronavirus Covid-19*¹⁷⁸, pon de manifesto como a IA constitúe unha importante ferramenta para apoiar a loita contra a pandemia, así como para a busca dunha cura efectiva (a vacina) mediante o estudo do comportamento do virus e os seus algoritmos de predición; como forza motriz para o intercambio de coñecementos, a través do exame de miles de documentos de investigación publicados; como observador, vixiante e preditor da evolución da pandemia; para axudar ao persoal sanitario; como ferramenta para o control da poboación, mediante o uso de dispositivos de xeolocalización e outros medios de control; e para unha mellora da resposta coordinada¹⁷⁹.

175 Cfr. o documento de PARK, M., NELSON, J., TEJERINA, L. e BAGOLLE, A., *Detección, prevención, resposta y recuperación con tecnología digital. Evidencias de la aplicación de intervenciones digitales en emergencias de salud pública pasadas, presentes y futuras*, División de Protección Social y Salud, Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. Acceso web: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Deteccion-prevencionrespuesta-y-recuperacion-con-tecnologia-digital-Evidencias-de-la-aplicacion-de-intervencionesdigitales-en-emergencias-de-salud-publica-pasadas-presentes-y-consideraciones-para-las-futuras.pdf>.

176 AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*, maio de 2020. Acceso web: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>.

177 Para as fases de “desescalada” ou desconfinamento, subliñouse a importancia do chamado “rastrexo dixital de contactos” como unha ferramenta eficaz para evitar a difusión do virus. Para este rastrexo, cabe utilizar dous métodos alternativos: un centralizado e outro descentralizado, pero considérase que os descentralizados poden ser máis respectuosos cos dereitos da privacidade. Así mesmo, a tecnoloxía “Bluetooth Low Energy” (BLE) que se utiliza nalgúns destes rastrexadores dixitais non ofrece unha garantía total de privacidade aos usuarios, non son suficientemente fiables, robustas nin estendidas para alcanzar as taxas desexables de detección de contactos. En todo caso, as solucións descentralizadas entrañan menores riscos para a privacidade, aínda que son máis vulnerables aos ataques masivos (cfr. o estudo promovido por CYPRIAN (Cibersecurity, Privacy and Anonymity Lab 01), “Abriendo la caja de Pandemia: por qué necesitamos repensar el rastreo digital de contactos”, *Blog Gradient*. Acceso web: <https://www.gradient.org/blog/covid19-rastreo-contactos/>).

178 Acceso web: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/la-ia-y-el-control-delcoronavirus-covid-19>.

179 O CAHAI recorda como o artigo 11 da Carta Social Europea (ratificada por 34 dos 47 Estados do Consello de Europa establece o “dereito á protección da saúde que compromete os signatarios a adoptar, xa sexa directamente ou en cooperación con organizacións públicas e privadas, medidas apropiadas...”).

Non obstante, o profesor COTINO HUESO móstrase moi crítico co uso dado na vixente pandemia da intelixencia artificial e do *big data*, afirmando que estas ferramentas “fallaron estrepitosamente, pero serán esenciais nesta guerra contra o coronavirus”¹⁸⁰. Segundo este autor –para quen a “IA é extremadamente útil para integrar, estruturar e extraer información e coñecemento de inxente cantidade e variedade do *big data*”–, “é importante non simplificar: reducir a cuestión a unha renuncia da privacidade para manter a vida e a saúde” e, ao mesmo tempo, subliña a necesidade de “maximizar, balancear, harmonizar e ponderar os dereitos entre si”¹⁸¹. Aínda que o Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) e a propia Axencia Española de Protección de Datos (AEPDA) afirmaron que “as regras de protección de datos son suficientemente flexibles” e que o Regulamento Europeo de Protección de Datos de 2016 lles permite ás autoridades sanitarias procesar datos no contexto da pandemia, todo iso debe facerse –como di COTINO HUESO– sobre a base dunha normativa (en cada país) clara que determine con exactitude o que se quere facer, quen e como, e con previsión de garantías (anonimización de datos, estudos de impacto, deberes de confidencialidade, participación de comités de ética, transparencia dos algoritmos, etc.)¹⁸². O mesmo profesor valenciano afirma que, “lonxe de posicións maximalistas, o demo está nos detalles e vainos a vida niso”, e propón “un deseño para evitar as tentacións do demo de acumular datos, de usalos para outros fins e de que non o poidamos controlar”, e para tal fin sinala unha serie de elementos de seguridade:

- O uso de produtos baixo “código aberto” que facilite a transparencia e auditabilidade.

- O emprego de ferramentas baixo os “principios de minimización e anonimización” dos datos dos usuarios, así como o carácter voluntario da facilitación dos datos aos epidemiólogos.

- Optar por un “sistema descentralizado” dos datos dos usuarios e afectados.

- A idea de “desmantelamento elegante” mediante a eliminación periódica de datos persoais cando xa non hai pacientes infectados¹⁸³.

En definitiva, afirma o profesor, trátase de utilizar con flexibilidade as novas ferramentas tecnolóxicas de intelixencia artificial e vixilancia dixital nunha liña de traballo das institucións públicas que “combine eficacia, privacidade e transparencia. E que non haxa que acudir a desenvolvementos tecnolóxicos privados (...) Estes posiblemente garantirán mellor a eficacia, pero moi dubidosamente a privacidade e a transparencia”¹⁸⁴.

180 Cfr. COTINO HUESO, L., “Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra el Covid-19 y contra la privacidad. El diablo está en los detalles”, *Publicación del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, n. 36, 23 de abril de 2020.

181 *Ibidem*.

182 *Ibidem*.

183 *Ibidem*.

184 *Ibidem*.

4.4.2 Sobre as medidas tecnolóxicas promovidas polo Goberno español a partir do estado de alarma. Especial referencia ao “Radar COVID”

Poucos días despois da declaración do Estado de Alarma polo RD 463/2020, ditouse a Orde SND/297/2020, do 27 de marzo, pola que se lle encomenda á Secretaría de Estado de Dixitalización e Intelixencia Artificial (en diante, SEDIA) – dependente do Ministerio de Asuntos Económicos e Transformación Dixital –, o “desenvolvemento de diversas actuacións para a xestión da crise ocasionada polo COVID-19”¹⁸⁵. A xustificación destas medidas estriba, segundo explica o seu preámbulo, dunha parte, en reforzar o sistema de saúde pública no que se refire á remisión de información ao Ministerio de Sanidade e para o control dos enfermos e persoas que estean ou estivesen en contacto con eles, e, doutra parte, para mellorar a información aos cidadáns e contar cunha información fiable sobre a mobilidade das persoas, e, en definitiva, para mellorar a coordinación das entidades xestoras da crise sanitaria, “evitar duplicidades” e “permitir un uso máis eficaz e eficiente dos recursos”¹⁸⁶.

A citada Orde SND/297/2020 contén as seguintes medidas:

1ª. Encoméndaselle á SEDIA o “desenvolvemento de solucións tecnolóxicas e aplicacións móbiles para a recompilación de datos co fin de mellorar a eficiencia operativa dos servizos sanitarios, así como a mellor atención e accesibilidade por parte dos cidadáns” (cfr. o seu apartado 1º).

2ª. Encoméndaselle, así mesmo, á SEDIA o “estudo de mobilidade aplicada á crise sanitaria”, que se denomina “DataCOVID-19” (cfr. o seu apartado 2º).

3ª. Tamén á SEDIA se lle encarga a “creación dun punto central de coordinación” para a avaliación doutras propostas tecnolóxicas por parte doutros organismos e entidades” (cfr. o seu apartado 3º).

Aínda que estas medidas se previran na citada orde do 27 de marzo, referímonos a elas neste apartado, xa que non se puideron pór en marcha ata ben rematado o estado de alarma (aproximadamente en agosto de 2020)¹⁸⁷. E dentro das medidas citadas

185 Esta Orde foi obxecto de diversos comentarios xurídicos: FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Covid-19. Medidas limitativas de derechos. «Arcas de Noé». Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización”, *Diario La Ley*, n. 9619, 23 de abril de 2020; GARCÍA MARCOS, J., “Geolocalización durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19”, *Diario La Ley*, n. 9631, 13 de maio de 2020; e RICHARD GONZÁLEZ, M., “Sobre la inconstitucionalidad de la geolocalización de los ciudadanos mediante el uso de aplicaciones de dispositivos móbiles al amparo de la Ordena SND 297/2020 dictada en el Estado de Alarma declarado por el RD 463/2020”, *Diario La Ley*, n. 9643, 1 de xullo de 2020.

186 Entre as disposicións citadas no preámbulo atópase a Orde SND/234/2020, do 15 de marzo, sobre adopción de disposicións e medidas de contención e remisión de información ao Ministerio de Sanidade ante a situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, modificada pola Orde SND/267/2020, do 20 de marzo, que establece a obriga de remitir ao Ministerio de Sanidade información por parte das comunidades autónomas, centros hospitalarios públicos e determinados centros hospitalarios privados.

187 Tras unha fase piloto en La Gomera iniciada a finais do mes de xuño de 2020, a aplicación comezou a activarse de forma oficial en todo o territorio de España, aínda que non estará completamente funcional ata que as comunidades autónomas a incorporen aos seus sistemas de saúde (arredor de mediados de setembro de 2020). O atraso da súa posta en marcha foi debido a que o Ministerio de Sanidade temía que o seu funcionamento tivese colapsado o sistema de saúde con datos inútiles e falsos positivos, aínda que o despregamento da aplicación corresponde á Secretaría de Estado de Dixitalización e Intelixencia Artificial (SEDIA). Para a creación da aplicación, o Goberno contou coa colaboración técnica da empresa INDRA.

ímonos centrar, seguidamente, na relativa á aplicación informática de rastrexo de contactos para usuarios de móbiles, potenciais infectados polo COVID-19¹⁸⁸.

A referida aplicación para móbiles, denominada “Radar COVID”, é unha aplicación informática para o apoio da xestión da crise sanitaria ocasionada polo COVID-19 cuxo responsable é o Ministerio de Sanidade, pero o seu titular é a SEDIA¹⁸⁹, destinada a facilitarlles aos usuarios –que son potencialmente infectados polo coronavirus– unha “autoavaliación baseándose nos síntomas médicos que comuniquen” e, polo tanto, acerca da “probabilidade de que estean infectados”; ademais, trata de ofrecerlle ao usuario información “sobre o COVID-19” e proporcionarlle “consellos prácticos e recomendacións de accións a seguir segundo a avaliación”¹⁹⁰. Tamén se di na orde, expresamente, que “a aplicación permitirá a xeolocalización do usuario só para os efectos de verificar que se atopa na comunidade autónoma en que declara estar”¹⁹¹.

Con anterioridade a esta aplicación, varias comunidades autónomas desenvolveran as súas propias aplicacións sobre autodiagnóstico, como é o caso do “StopCOVID-19” de Cataluña¹⁹², de “CoronaMadrid” da Comunidade Autónoma de Madrid¹⁹³ e do “COVID-19.eus” da Comunidade do País Vasco¹⁹⁴. Trátase de aplicacións de descarga voluntaria e con prestación do consentimento dos usuarios.

188 Sobre este tipo de aplicacións, cfr. o traballo de ORTEGA, A., *La búsqueda de inmunidad digital frete a la pandemia: eficacia, privacidad y vigilancia*, Documento de traballo 9/2020, Real Instituto Elcano, 12 de maio de 2020. O seu autor conclúe que “este tipo de tecnoloxía non o resolve todo, sobre todo sen test masivos, pero pode axudar moito na loita contra esta pandemia e outras futuras” (p. 20).

189 Por Resolución do 30 de abril de 2020 (Ref. BOE-a-2020-4829) aprobouse o Convenio entre a SEDIA e Telefónica Digital España, SLU, para a operación da aplicación “ASISTENCIACOVID19” no contexto da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID.

190 A orde aclara, para estes efectos, que “a aplicación non constituirá (...) un servizo de diagnóstico médico, de atención de urxencias ou de prescrición de tratamentos farmacéuticos (...)” e “non substituirá (...) a consulta dun profesional médico debidamente cualificado”.

191 *Vid.* a páxina web en que pode descargarse esta aplicación (app): <https://asistencia.covid19.gob.es>.

192 Trátase da primeira comunidade autónoma en desenvolver unha aplicación como esta, que se caracteriza por que na súa utilización e acceso se require o número da tarxeta sanitaria e, polo tanto, os seus datos están conectados ao historial médico de cada persoa. Cfr. a súa dispoñibilidade na web: <https://canalsalut.gencat.cat/ca/salut-a-z/c/coronavirus-2019-ncov/stop-covid19-cat/>.

193 Ten por obxectivo establecer estatísticas concretas sobre a incidencia e evolución do COVID-19. *Vid.* a web: <https://coronavirus.comunidad.madrid>. Esta ferramenta foi posta en marcha o 18 de marzo de 2020 para a realización de autoavaliacións aos que tivesen síntomas do COVID-19 e para recibir recomendacións en caso de dar positivo. Como sinala GARCÍA MEXÍA, esta iniciativa –que recolle datos persoais e xeolocalización no suposto de autorizalo o usuario– acolle o ofrecemento das operadoras telefónicas de pór á disposición das autoridades os datos de localización dos móbiles cun fin sanitario; segundo o mesmo autor, resulta “impecable desde o punto de vista de protección de datos”, xa que esta lexislación *epidemic-proof* combina perfectamente a privacidade e a loita contra a epidemia “sen desbaratar nin a unha nin a outra”; e cítase a Declaración sobre tratamento de datos persoais no contexto do gromo de COVID-19 do Comité Europeo de Protección de Datos do 19 de marzo de 2020 na cal se di que tratar datos sobre este gromo é “necesario para preservar a saúde pública”, mesmo cando se trate de datos sensibles como son os da saúde e máxime cando estamos ante un suposto de enorme gravidade, e incluso abre a porta a que as aplicacións de rastrexo permitan determinar a identidade persoal sempre que o Estado en cuestión o preveise lexislativamente co fin de “salvagardar a seguridade pública”, conforme o principio de proporcionalidade e habilitando para os usuarios “o dereito a un recurso xudicial” (cfr. a colaboración de GARCÍA MEXÍA, P., “Salud y privacidad: la importancia del ‘frente digital’ en la lucha contra el coronavirus”, *Tribuna de El Confidencial*, 26 de marzo de 2020).

194 Esta aplicación ten un triplo obxectivo: previr o contaxio actuando como unha rede social, onde os usuarios poden engadir os familiares e amigos; establecer un control e seguimento dos contaxiados; e ser utilizada como ferramenta epidemiolóxica, detectando as áreas con máis casos e aquelas con máis curacións. Cfr. a web: <https://www.euskadi.eus/coronavirus-app-covideus/web01-a2korona/es/>.

Sobre esta modalidade de aplicación tecnolóxica, puxo de manifesto ÁLVAREZ CARO o rol esencial que pode desempeñar o “rastrexo de contactos dixital” (*contact tracing*) na loita contra o COVID-19 –para o levantamento das medidas de restrición de movementos na fase de desescalada, como instrumento de mitigación da difusión do virus e para reducir o impacto económico e sanitario– e que implica o uso masivo de móbiles como ferramenta clave na loita futura contra a pandemia¹⁹⁵. En particular, a tecnoloxía máis utilizada é a do Bluetooth *low energy* (BLE) e a modalidade descentralizada que permite unha maior protección da privacidade (fronte aos sistemas de vixilancia a grande escala)¹⁹⁶. Como sinala a mesma autora, o sistema BLE adáptase ás recomendacións das axencias europeas de protección de datos e da Comisión Europea; estas recomendaron que este tipo de aplicacións sexan voluntarias, respecten o “principio de minimización de datos” e estean orientadas baixo o principio de transparencia “en relación cos datos que se recollen, a finalidade para a cal se recollen e tratan, con quen se comparten ou o tempo durante o que se reteñen”¹⁹⁷.

Para a operatividade da aplicación “Radar COVID”, foi precisa a creación conxunta por Google e Apple dun sistema que se integra nos iPhone e nos teléfonos Android. Estas compañías norteamericanas chegaron a un acordo cos gobernos para facilitar-lles unha “interface de programación de aplicacións” (API) inspirada no protocolo DP-3T, grazas ao cal as apps de rastrexo poden funcionar axeitadamente na maioría dos dispositivos telefónicos móbiles¹⁹⁸. Segundo os expertos, para que esta aplicación cumpra efectivamente a súa función de rastrexo, é preciso que un 80% de usuarios de móbiles e tabletas o activasen (o cal equivale a un 60% da poboación total).

Malia que no mundo asiático unha aplicación similar parece que tivo bastante eficacia, está por ver aínda a utilidade destas aplicacións en España, dada a voluntariedade con que se deseñaron e coas importantes medidas para preservar a privacidade dos seus usuarios, cuxa mobilidade é obxecto de estudo para o seguimento da pandemia¹⁹⁹.

195 ÁLVAREZ CARO, M., “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”, *Derecho Digital e Innovación*, n. 5, segundo trimestre de 2020. Cita o exemplo de Google como ferramenta sobre patróns de mobilidade e de datos anonimizados e agregados e a iniciativa de Facebook de Data for Good. Tamén recolle os casos de países pioneiros na aplicación desta ferramenta (Taiwán, Corea do Sur e Singapur).

196 ÁLVAREZ CARO, M., “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”; cit. e *loc. cit.*

197 *Ibidem*.

198 O funcionamento destas aplicacións consiste principalmente en que a app dun móbil detecta qué outros móbiles coa mesma aplicación estiveron próximos. Cando se instala e activa a plataforma, o móbil comeza a emitir claves cifradas –que xeran identificadores que cambian pasados entre 10 e 20 minutos– a través do Bluetooth que son aleatorias e non identifican o usuario; pola súa vez, o dispositivo móbil que ten activa a aplicación recibe os identificadores que emiten outros dispositivos (*smartphone*) próximos que teñan a aplicación activa tamén (a menos de 2 metros de distancia e por un período de máis de 15 minutos). O intercambio das claves gárdase nos móbiles durante un máximo de 14 días. Se a un dos usuarios se lle diagnostica o coronavirus, as autoridades sanitarias facilitanlle un código para que o introduza na súa aplicación e, a partir deste momento, envíarase unha alerta de exposición do virus a todos os móbiles que rexistrou o do usuario que deu positivo nas últimas dúas semanas. Non obstante, o aviso non revela quen é o infectado nin o lugar do contacto. En todo caso, para que funcione a aplicación, é necesario que quen foi diagnosticado positivamente co virus o comunique voluntariamente. O sistema será capaz de dicirnos se estivemos cunha persoa que deu positivo en COVID-19 pero a alerta só chegará se o contacto foi de máis de 15 minutos e se durante ese tempo estivemos a menos de 2 metros do infectado e, ademais, só terá en conta os contactos rexistrados nos últimos 15 días.

199 Sobre o funcionamento desta aplicación, cfr. os artigos de FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Covid-19. Medidas limitativas de derechos. «Arcas de Noé». Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización”, cit.; GARCÍA MARCOS, J., “Geolocalización durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, cit.; e RICHARD GONZÁLEZ, M., “Sobre la inconstitucionalidad de la geolocalización de los ciudadanos mediante el uso de aplicaciones de dispositivos móviles al

4.4.3 Cara ao equilibrio entre as medidas tecnolóxicas e a protección da privacidade. Un enfoque desde a saúde

A Unión Europea quixo remarcar a importancia das tecnoloxías da información e a comunicación na loita contra a pandemia e, en particular, no relativo ás aplicacións móbiles. Así, en primeiro lugar, a Recomendación (UE) 202/581, da Comisión do 8 de abril de 2020, refírese a “un conxunto de instrumentos comúns da Unión para a utilización da tecnoloxía e os datos co fin de combater e superar a crise do COVID-19, en particular polo que respecta ás aplicacións móbiles e á utilización de datos de mobilidade anonimizados”, pondo de manifesto a necesidade duns principios comúns de orientación na dita tarefa, un enfoque común e coordinado, en que os Estados membros e as institucións e organismos da UE traballen “de forma conxunta nun auténtico espírito de solidariedade” (cfr. considerando 1 da recomendación). O obxectivo da recomendación recóllese no seu apartado 1): establecer un “proceso destinado a desenvolver un enfoque común, denominado “conxunto de instrumentos”, co fin de usar os medios dixitais para facer fronte á crise” e, en particular, a través dunha serie de medidas tecnolóxicas, pero centrando a atención nos seguintes aspectos:

1º. “Un enfoque paneuropeo para o uso de aplicacións móbiles, coordinado a nivel da Unión, co fin de capacitar os cidadáns para adoptar medidas de distanciamento social eficaces e máis específicas, así como co fin de alertar, previr e facer un seguimento de contactos con miras a limitar a propagación da enfermidade COVID-19; implicará unha metodoloxía para o seguimento e o intercambio de valoracións respecto á eficacia destas aplicacións, a súa interoperabilidade e as súas implicacións transfronteirizas, así como en relación co respecto da seguridade, a intimidade e a protección de datos.

2º. Un plan común para o uso de datos anonimizados e agregados sobre a mobilidade da poboación co fin de i) modelizar e predicir a evolución da enfermidade, ii) controlar a eficacia da toma de decisións das autoridades dos Estados membros no referente a medidas como o distanciamento social e o confinamento, e iii) obter información de cara a unha estratexia coordinada para a saída da crise da COVID-19”.

No relativo ás aplicacións móbiles, a recomendación incide na necesidade de protexer a intimidade e os datos derivados do seu uso, debendo respectarse unha serie de principios específicos²⁰⁰.

amparo de la Orden SND 297/2020 dictada en el estado de alarma declarado por el RD 463/2020; cit., este último opinaba que as medidas da Orde SND/297/2020 son inconstitucionais e, polo tanto, nulas de pleno dereito por atentar de forma clara contra os dereitos fundamentais (privacidade e liberdade de movementos) e contra o principio de legalidade.

200 No seu apartado 16), a recomendación recolle os principios que deben respectarse no uso das aplicacións móbiles de alerta e prevención sobre o COVID-19: 1. salvagardas que garantan o respecto dos dereitos fundamentais e eviten a estigmatización, en particular as normas aplicables en materia de protección dos datos persoais e a confidencialidade das comunicacións; 2. preferencia polo uso das medidas menos intrusivas pero eficaces, como o uso de datos de proximidade e evitar o tratamento de datos relativos á localización ou os movementos de persoas, así como o uso de datos anonimizados e agregados cando sexa posible; 3. requisitos técnicos relativos ás tecnoloxías axeitadas (por exemplo, Bluetooth de baixa enerxía) para establecer a proximidade do dispositivo, o cifrado, a seguridade dos datos, o almacenamento de datos no dispositivo móbil, o posible acceso das autoridades sanitarias e o almacenamento de datos; 4. requisitos de ciberseguridade efectivos para protexer a dispoñibilidade, autenticidade, integridade e confidencialidade dos datos; 5. a expiración das medidas adoptadas e a supresión dos datos persoais obtidos a través destas medidas como moito cando se declare que a pandemia se atopa baixo control; 6. a carga de datos de proximidade en caso de contaxio confirmado e métodos adecuados de alerta ás persoas que estivesen en estreito contacto coa persoa contaxiada, que seguirá mantendo o anonimato, así como: 7. requisitos de transparencia sobre a configuración de privacidade para garantir a confianza nas aplicacións”.

Polo que se refire á Comunicación da Comisión Europea relativa ás “orientacións sobre as aplicacións móbiles de apoio á loita contra a pandemia do COVID-19 no referente á protección de datos” (2020/C 124 I/01)²⁰¹, nela ofrécenselles aos Estados membros unhas orientacións “para un uso fiable e responsable das aplicacións” que permitan o respecto dos dereitos fundamentais recollidos na Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea e, en todo caso, para “limitar a intrusión das funcionalidades das aplicacións para garantir o cumprimento da lexislación da UE en materia de protección de datos persoais e da intimidade” (cfr. apartado 3 da comunicación).

No xa citado informe da AEPD sobre *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID*, á hora de analizar –desde a perspectiva da garantía da privacidade– as diferentes modalidades tecnolóxicas utilizadas para combater a pandemia, destaca a necesidade de que estas “se atopen integradas no marco dunha estratexia de medidas xurídicas e organizativas realistas, eficaces, baseadas en criterios científicos, lexítimas e proporcionais”²⁰². E, para determinar se as medidas son “proporcionais”, lévase a cabo en cada unha delas unha “análise custo-beneficio” para a sociedade e para os dereitos e liberdades do individuo; un equilibrio entre o beneficio que se obtén dos datos de saúde e a loita contra a propagación da infección por coronavirus e, doutra parte, o custo que para as liberdades e a privacidade dos cidadáns pode implicar cada tecnoloxía utilizada²⁰³.

En opinión de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ao sinalar que “o COVID pon de manifesto as virtudes e carencias do sistema de protección de datos da UE”, subliña que o marco moi tuitivo da garantía de protección de datos formula “inconvenientes cando non se modula desde o enfoque funcional da saúde pública”²⁰⁴. Segundo o mesmo autor, tendo en conta os feitos (a necesidade crecente de procesar datos sobre saúde, tanto para a asignación estratéxica de medios e recursos como para resolver diferentes problemas na xestión dos servizos sanitarios), a clave está na “ponderación dos dereitos” en xogo: “ponderar o potencial impacto nos dereitos que garanten a vida privada das persoas e outros instrumentos relacionados cos fins de protección da saúde”²⁰⁵. Así mesmo, precísase un “xuízo de proporcionalidade” na medida en que os dereitos fundamentais se configuran como dereitos ilimitados e é posible a lexitimidade da inxerencia no dereito á vida privada “desde un xuízo baseado na idoneidade e a necesidade da medida, aínda que orientado baixo o principio de “mínima intervención”²⁰⁶.

201 Comunicación publicada no *Diario Oficial da Unión Europea* do 17 de abril de 2020.

202 AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*, cit. p. 3.

203 *Ibidem*. Na mesma dirección, cfr. a colaboración de CANALES, M.P., “Tecnología contra la pandemia: derechos fundamentales mucho más que daño colateral”, *www.derechosdigitales.org*.

204 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *Diario La Ley*, n. 9640, 30 de marzo de 2020.

205 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, cit. e *loc. cit.* Sen esquecer que o dereito á saúde está relacionado con outros valores como a dignidade humana e os dereitos á vida e á seguridade (cfr. arts. 15 e 17 da CE).

206 Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *op. e loc. cit.* Para aplicar tal xuízo de proporcionalidade, o autor recolle os fundamentos xurídicos en que resulta posible limitar os dereitos relacionados coa vida privada, desde o Regulamento UE 2016/679 (o seu considerando 46º e

Para resolver as dúbidas concretas que xera o tratamento dos datos de saúde e co fin de evitar posibles abusos, o Comité Europeo de Protección de Datos pon de manifesto, sobre a base do artigo 15 da Directiva sobre privacidade e comunicacións electrónicas, a posibilidade de que os Estados membros poidan establecer medidas legislativas a prol da seguridade nacional e pública²⁰⁷. De acordo co artigo 9 da Directiva 2002/58/CE, o tratamento dos datos de localización só poden tratarse se son anónimos ou co consentimento previo dos usuarios ou abonados, pero o artigo 15 da mesma directiva admite certas excepcións sempre que se trate de medidas proporcionadas e apropiadas aos fins de seguridade nacional²⁰⁸. En definitiva, conclúe MARTÍNEZ MARTÍNEZ que a limitación do dereito fundamental á protección persoal de datos de saúde ou de localización con fins epidemiolóxicos atoparía o seu fundamento na protección de intereses vitais do interesado ou doutra persoa física (art. 6.2.c) RXPD) e no deber de colaboración dos operadores ao abeiro da Lei orgánica 3/1986 (sobre medidas de control de enfermos)²⁰⁹. Non obstante, o mesmo autor advirte que as posibilidades abertas polo ordenamento no tratamento de datos de saúde que, na actualidade, veñen exixidos pola xestión do COVID, polo seu proceso de investigación clínica acelerado e a transferencia inmediata de ferramentas, vai requirir o apoio ás autoridades sanitarias de expertos en protección de datos que, asemade, están aliados na guerra contra a enfermidade²¹⁰.

Regap



ESTUDIOS

5 Reflexión final: aprender da crise

Ao longo deste traballo puidemos comprobar que, desde o punto de vista xurídico, polo menos formalmente, o ordenamento xurídico vixente e, particularmente, o grupo normativo da saúde pública prevén os elementos imprescindibles para facer valer o dereito á información sanitaria, mesmo en tempos de pandemia. Non obstante, na práctica, no que observamos desde a declaración do estado de alarma, o sistema de información non funcionou con regularidade e tivo fallos de considerable importancia, como, por exemplo, o relativo á contabilización real dos falecidos e afectados polo COVID-19 e a coordinación entre a Administración xeral do Estado e as institucións autonómicas do sector da sanidade pública.

Está claro que a crise sanitaria que estamos a experimentar non é doada de xestionar polas enormes incertezas que sobrevoan sobre o coronavirus e as súas consecuencias –en moitos casos trágicas, con perda de vidas humanas–, pero é unha grande oportunidade para “aprender dos erros” (e aprender dos que mellor o fixeron) e promover as reformas que sexan precisas, tamén no campo do ordenamento xurídico da información sanitaria. Ao meu xuízo, tendo en conta os aspectos que tratamos no

os arts. 6.2.c), d), e e), e 9.2.c), g), h) e i), así como a normativa española (art. 26 da LXS 14/1986; arts. 9 da Lei 33/2011; e disp. adicional 17ª, parágrafo 2º, c) da Lei orgánica 3/2018).

207 *Ibidem*.

208 *Ibidem*.

209 *Ibidem*.

210 *Ibidem*.

apartado 4 deste traballo, ante a “débil preparación do noso país ante a pandemia”, como recomendan os científicos asinantes na referida revista *The Lancet*, é importante entender “qué saíu ben e qué saíu mal” e pólo en mans dunha entidade independente.

En todo caso, cómpre promover un “gobierno aberto e cognitivo” que se apoie solidamente nos expertos que deben achegar o seu coñecemento nos campos máis relevantes (epidemioloxía, xestión de datos, comunicación pública, ciencias do comportamento, etc.). Como sinala INNERARITY, “a intelixencia humana debe a súa supervivencia á ‘intelixencia adaptativa’”²¹¹ e, con toda a experiencia acumulada nestes meses, estamos obrigados a adaptar as nosas institucións para escenarios como o que vivimos.

Aínda que procedente doutro eido xeográfico e político, as recomendacións do profesor D. FARBER, da Universidade de Berkeley, parécenme moi aproveitables para o noso contorno: un liderado efectivo no goberno, o indispensable asesoramento dos expertos, unha información accesible e confiable, a participación na xestión dos gobernos subestatais e, mesmo, en tempos de aparente tranquilidade, non descoidar a xestión dos riscos²¹².

Bibliografía

- AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*, maio de 2020. Acceso web: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>.
- ALLEMANO, A., “Taming COVID-19 by regulation: an opportunity for Self-reflection”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, special issue 2, xuño 2020.
- ÁLVAREZ CARO, M., “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”, *Derecho Digital e Innovación*, n. 5, sección doutrina, segundo trimestre de 2020.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Privacidad, geolocalización y aplicaciones de rastreo de contactos en las estrategias de salud pública generada por la COVID-19”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, maio 2020.
- ARENAS RAMIRO, M., “¿Testing, Tracing, Isolation? A propósito de las Directrices 04/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos”, *La Ley Privacidad*, segundo trimestre de 2020.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 3, n. 1, xaneiro-decembro de 1995.

211 INNERARITY, D., *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, cit., en su capítulo 10 sobre “aprender de la crisis”.

212 Cfr. FARBER, D., “Pandemic Lessons in Governance”, *Blog Legal Planet*, 20 de agosto de 2020. Acceso web: <https://legalplanet.org/2020/08/20/governance-lessons-from-the-pandemic/>. Con relación á xestión de riscos, o profesor A. ALLEMANO escribe no número especial da *European Journal of Risk Regulation*, sobre o COVID-19, un interesante artigo sobre a oportunidade que o COVID-19 ofrece para reflexionar acerca da xestión dos riscos sanitarios (ALLEMANO, A., “Taming COVID-19 by regulation: an opportunity for Self-reflection”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, special issue 2, xuño 2020, pp. 187-194).

- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, *Derecho y Salud*, vol. 30, n. 1, xaneiro-xuño de 2020.
- CAMPUS SANOFI, “La tecnología en la lucha frente a la COVID-19”, *eProfessionals*, 8 de maio de 2020.
- CANALES, M.P., “Tecnología contra la pandemia: derechos fundamentales mucho más que daño colateral”, *www.derechosdigitales.org*.
- CANEL, M.J., “Cinco factores en los que Sánchez se juega la nota del examen Covid-19”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020.
- CHAVES GARCÍA, J.R., “La transparencia amordazada”, *Blog de la Justicia*, 15 de maio de 2020.
- CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- COLOMINA, C., “Coronavirus: infodemia y desinformación”, *CIDOB-Opinión* 613, marzo de 2020.
- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión*, 8 de abril de 2020.
- COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*, 19 de marzo de 2020.
- CONSELLO DE EUROPA, *La IA y el control del coronavirus Covid-19*, Comité de Intelixencia Artificial, 2020.
- CONSELLO DA UNIÓN EUROPEA, *Brote de COVID-19 por coronavirus: Síntesis, Cronología, Lucha contra la desinformación*, 2020.
- CORRAL HERNÁNDEZ, D., “La huella del coronavirus en los medios de comunicación”, *bie3: Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 18, 2020.
- CORTÉS GARCÍA, M., *El Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. Marco conceptual y estratégico*, presentación de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, Madrid, 20 de novembro de 2012. Acceso web: <https://docplayer.es/34131043-Funciones-del-ccaes-marco-normativo-mar-ta-cortes-garcia-madrid-20-noviembre-2012.html>.
- COSTA-SÁNCHEZ, C. e LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, *El profesional de la información*, vol. 29, n. 3, 2020.
- COTINO HUESO, L., “Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra el Covid-19 y contra la privacidad. El diablo está en los detalles”, *Publicación del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, n. 36, 23 de abril de 2020.
- CRESPO, I. e GARRIDO, A., “La pandemia del coronavirus: estrategias de comunicación de la crisis”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020.
- CYPRIAN (Cibersecurity, Privacy and Anonymity Lab 01), “Abriendo la caja de Pandemia: por qué necesitamos repensar el rastreo digital de contactos”, *Blog Gradient*, maio de 2020. Acceso web: <https://www.gradient.org/blog/covid19-rastreo-contactos/>.
- DESANTES GUANTER, J.M., “La información en los estados de alarma, excepción y sitio”, *Gobierno y administración en la Constitución*, vol. 1, n. I, 1988.

- DOMENECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. extraordinario, marzo-abril de 2020.
- ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020.
- FARBER, D., “Pandemic Lessons in Governance”, *Blog Legal Planet*, 20 de agosto de 2020. Acceso web: <https://legal-planet.org/2020/08/20/governance-lessons-from-the-pandemic/>.
- FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Covid-19. Medidas limitativas de derechos. “Arcas de Noé”. Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización”, *Diario La Ley*, n. 9619, 23 de abril de 2020.
- FUNDACIÓN DR. ANTONIO ESTEVE e ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMUNICACIÓN CIENTÍFICA, *Epidemiología para periodistas y comunicadores*, Barcelona, 2015.
- GARCÍA, A. “La transparencia se resiente en tiempos de coronavirus”, *Blog Jurídico de Expansión Hay Derecho*, 18 de abril de 2020.
- GARCÍA-BASTEIRO, A., ÁLVAREZ-DARDET, C., BENGEOA, R., BORREL, C., DEL VAL, M., *et al.*, “The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain”, *The Lancet*, 6 de agosto de 2020.
- GARCÍA MARCOS, J., “Geolocalización durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Diario La Ley*, n. 9631, 13 de maio de 2020.
- GARCÍA MEXÍA, P., “Salud y privacidad: la importancia del “frente digital” en la lucha contra el coronavirus”, *Tribuna de El Confidencial*, 26 de marzo de 2020.
- GARCÍA MEXÍA, P., “La censura no cura el coronavirus”, *El Confidencial*, 26 de abril de 2020. Acceso web: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-04-26/censura-no-cura-coronavirus_2566380/.
- GRANT THORNTON, *Perspectiva del COVID-19. Tecnología e innovación contra el coronavirus*, abril de 2020.
- GUTIÉRREZ-RUBÍ, A. e PONT SORRIBES, C. (dirs.), *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Catedra Ideograma-Universidad Pompeu Fabra de Comunicación Política y Democracia, Barcelona, abril de 2020. Acceso web: <https://www.upf.edu/documents/220602201/233560922/Definitiu+Comunicación+Coronavirus/1c1d3def-34ae-fe5d-0019-ef40c936b0e3>.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La lucha por la transparencia durante el Estado de Alarma”, *Diario La Ley*, n. 9646, 2020.
- INNERARITY, D., *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, edición digital, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2020.
- KLEIS NIELSEN, R. e FLETCHER, R., *Navegando la «infodemia»: así consume y califica las noticias y la información sobre coronavirus la gente en seis países*, Reuters Institute, Universidad de Oxford. Acceso web: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/navegando-la-infodemia-asi-consume-noticias-e-informacion-sobre-coronavirus-espana-argentina-otros-paises>.
- LLANERAS, K., “Los problemas de usar datos del siglo pasado para una pandemia del siglo XXI. El Gobierno español ha sido incapaz de proporcionar números claros

- durante la crisis”, *Informes periodísticos de EL PAIS sobre “El Libro Blanco de la Pandemia”*, 21 de xuño de 2020.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *Diario La Ley*, n. 9604, 30 de marzo de 2020
- MARZO PORTERA, A., “El tratamiento de datos personales de datos de contagiados y sospechosos para la vigilancia epidemiológica en la nueva normalidad”, *Blog “Hay Derecho” – Expansión*, 21 de maio de 2020. Acceso web: <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/21/el-tratamiento-de-datospersonales-de-contagiados-y-sospechosos-para-la-vigilancia-epidemiologica-en-la-nueva-normalidad/>.
- MÁS PODER LOCAL (magazine), *Número especial sobre “La comunicación política en tiempos de pandemia: el impacto del COVID-19”*, n. 41, abril de 2020.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. e CUKIER, K., *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013.
- McINTYRE, L.C., *Posverdad*, Cátedra, Madrid, 2018.
- MESTRE DELGADO, J.F., “La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID-19)”, *Boletín Informativo del INAP La Administración al día*, 29 de marzo de 2020.
- MINISTERIO DE SANIDADE, *Plan de transición hacia la nueva normalidad*, 28 de abril de 2020.
- MINISTERIO DE SANIDADE, “Estrategia de Detección Precoz, Vigilancia y Control del COVID-19”, 25 de septiembre de 2020. Acceso web: https://www.msccbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf.
- MUÑOZ MACHADO, J., “Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de Internet”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020.
- NAVAL PARRA, M.C., “La protección de datos personales en la lucha contra la propagación del Coronavirus”, *Diario La Ley*, n. 9638, sección tribuna, 22 de maio de 2020.
- NAVAS NAVARRO, S., “Aspectos jurídicos de las aplicaciones móviles de salud (apps sanitarias y wearables)”, *Diario La Ley*, 14 de maio de 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DA SAÚDE (OMS), *Comunicación de riesgos en emergencias de salud pública. Directrices de la OMS sobre políticas y prácticas para la comunicación de riesgos en emergencias (CRE)*, OMS, 2018.
- ORTEGA, A., *La búsqueda de inmunidad digital frente a la pandemia: eficacia, privacidad y vigilancia*, Documento de trabajo 9/2020, Real Instituto Elcano, 12 de maio de 2020.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., “COVID-19: Un desafío para la protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, maio 2020.
- PALMA OLIVA, M., “Pandemia y protección de datos: guía básica”, *ElDerecho.com*, sección tribuna, 14 de abril de 2020.

- PARK, M., NELSON, J., TEJERINA, L. e BAGOLLE, A., *Detección, prevención, resposta y recuperación con tecnología digital. Evidencias de la aplicación de intervenciones digitales en emergencias de salud pública pasadas, presentes y futuras*, División de Protección Social y Salud, Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. Acceso web: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Deteccion-prevencionrespuesta-y-recuperacion-con-tecnologia-digital-Evidencias-de-la-aplicacion-de-intervencionesdigitales-en-emergencias-de-salud-publica-pasadas-presentes-y-consideraciones-para-las-futuras.pdf>.
- PEYTIBI, X., “En momentos de incertidumbre, es la hora de los Gobiernos: 10 necesidades en comunicación de crisis”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”, Blanquer Criado, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PONCE SOLÉ, J., “Respuestas frente a la pandemia de COVID-19: ciencias del comportamiento, derecho público y gestión pública”, *Blog del CEPC*, 25 de maio de 2020.
- PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (3): la emisión y recepción de información”, *Blog “Del derecho y el revés”*, 31 de marzo de 2020. Acceso web: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/31/coronavirus-sars-cov-2-y-derechosfundamentales-3-la-emision-y-recepcion-de-informacion/>.
- PRIOR, H., “Comunicación pública del riesgo en tiempos de pandemia: respuestas de Portugal a la Covid-19”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Sobre la inconstitucionalidad de la geolocalización de los ciudadanos mediante el uso de aplicaciones de dispositivos móviles al amparo de la Ordena SND 297/2020 dictada en el Estado de Alarma declarado por el RD 463/2020”, *Diario La Ley*, n 9643, sección tribuna, 1 de xullo de 2020.
- ROMERO, G.V., “El virus de la desinformación”, *INFOBAE*, 28 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.infobae.com/america/opinion/2020/04/28/el-virus-de-la-desinformacion/>
- SANZ LARRUGA, F.J., “El COVID-19, información sanitaria y «fake news»”, *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, n. 18, 2020.
- SANZ LARRUGA, F.J., “Corrupción y sistema democrático: libertades informativas y lucha contra la desinformación”, *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Transparencia y publicidad activa: COVID-19 y el estado de alarma en España*, Madrid, maio 2020.
- TRIAS-LLIMÓS, S., ALUSTIZA, A., PRATS, C., TOBIAS, A. e RIFFE, T., “The need for detailed COVID-19 data in Spain”, *The Lancet*, vol. 5, n. 11, 2020.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 93-123
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4646>
© José Antonio Rodríguez Míguez
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Pandemia, axudas de Estado e axudas aos Estados: o reto da eficiente asignación de recursos públicos en tempos de crise

Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los Estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis

Pandemic, State aid and aid to the States: the challenge of efficient allocation of public resources in times of crisis

60 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

Subdirector xeral de Investigación
Comisión Galega da Competencia
Instituto Galego de Consumo e da Competencia
<https://orcid.org/0000-0003-2032-5753>
jarmiguez@gmail.com

Resumo: A actual crise sitúanos nunha encrucillada histórica decisiva. O obxectivo deste traballo é ofrecer unha visión dos instrumentos deseñados para facerlle fronte en materia de axudas estatais e de axudas europeas aos Estados e a súa incidencia no funcionamento competitivo dos mercados.

Para iso abordaremos primeiro o marco temporal baixo o que a Comisión Europea está disposta a aceptar a compatibilidade de determinadas axudas estatais. A continuación, os instrumentos financeiros excepcionais deseñados pola UE para reforzar e estimular a economía europea. Finalmente, e como necesario corolario, recordaremos as pautas básicas que deberán ter en conta as administracións e operadores para deseñar as súas axudas e proxectos eficientes e desde a perspectiva da competencia.

Palabras clave: axudas de Estado, marco temporal, fondos europeos, Next Generation EU, mecanismo de recuperación e resiliencia (MRR).

1 Doutor en Dereito. As opinións expresadas neste traballo son estritamente persoais do autor e non reflicten, necesariamente, a opinión do organismo en que presta os seus servizos.

Resumen: La actual crisis nos sitúa en una encrucijada histórica decisiva. El objetivo del presente trabajo es ofrecer una visión de los instrumentos diseñados para hacerle frente en materia de ayudas estatales y de ayudas europeas a los Estados y su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados. Para ello abordaremos primero el marco temporal bajo el que la Comisión Europea está dispuesta a aceptar la compatibilidad de determinadas ayudas estatales. A continuación, los instrumentos financieros excepcionales diseñados por la UE para reforzar y estimular la economía europea. Finalmente, y como necesario corolario, recordaremos las pautas básicas que deberán tener en cuenta las administraciones y operadores para diseñar sus ayudas y proyectos eficientes y desde la perspectiva de la competencia.

Palabras clave: ayudas de Estado, marco temporal, fondos europeos, Next Generation EU, mecanismo de recuperación y resiliencia (MRR).

Abstract: This crisis places us at a decisive historical crossroads. The objective of this paper is to offer a vision of the instruments designed to deal with it in matters of state aid and European aid to the States and their impact on the competitive functioning of markets.

Consequently, we will first address the temporal frame under which the European Commission is willing to accept the compatibility of certain state aid. Then the exceptional financial instruments designed by the EU to strengthen and stimulate the European economy. And finally, and as a necessary corollary, we will recall the basic guidelines that Administrations and operators must take into account to design their aid and efficient projects and from the perspective of Competition.

Key words: state aid, temporary framework, European Funds, Next Generation EU, Recovery and Resilience Facility (RRF).

SUMARIO: 1 O dereito da competencia como necesaria resposta a unha crise sanitaria, económica e social sen precedentes. 2 O Marco Temporal e excepcional para as axudas estatais no contexto do actual gromo de COVID-19. 2.1 A flexibilización do marco xeral que é a súa base xurídica. 2.2 Potenciais beneficiarios. 2.3 Liñas de actuación preferente. 2.4 Exame das principais características de cada unha destas medidas concretas. 2.4.1 Axudas directas para garantir a liquidez das empresas. 2.4.2 Axudas ao investimento vinculado á loita contra a COVID. 2.4.3 Axudas sociais. 2.4.4 Axudas para a reconstrución financeira das empresas. 2.5 O necesario control das medidas autorizadas. 3 As axudas europeas aos Estados membros: o instrumento de emerxencia único (NGEU) e o Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (MRR). 3.1 O futuro Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (MRR); a proposta de regulamento. 4 O decisivo papel das administracións públicas para deseñar axudas estatais e proxectos europeos de forma eficiente. 5 Reflexión final.

1 O dereito da competencia como necesaria resposta a unha crise sanitaria, económica e social sen precedentes

Ninguén pode negar hoxe que a actual pandemia creou unha crise sanitaria sen precedentes próximos en materia de saúde pública que puxo nunha situación non menos excepcional a economía mundial. Tamén pode considerarse pacífica a afirmación de que, neste caso, a demanda e a oferta de bens e servizos en xeral se viu afectada de xeito sensible, contraéndose a primeira e practicamente paralizándose a segunda; iso é así, salvo para algúns bens e servizos concretos cuxa demanda si se disparou, facendo que a oferta deses bens e servizos concretos alzase os seus prezos a causa, precisamente, da elevada demanda e da redución, polo menos inicial, da oferta, provocándose unha grave distorsión do funcionamento normal dos mercados.

Por iso é lóxico que o dereito da competencia, cuxa misión básica é precisamente garantir o funcionamento competitivo dos mercados, deba ser un dos principais instrumentos para garantir en circunstancias tan excepcionais o beneficio dos consumidores e o restablecemento do funcionamento normal dos mercados.

Este traballo pretende ofrecer, en consecuencia, nesta singular encrucillada histórica, unha visión dos instrumentos deseñados para afrontala, centrada nos instrumentos deseñados ou aínda pendentes de configurar, tanto en materia de axudas estatais como de axudas aos Estados, plenamente conscientes da súa singular importancia non só para superar a crise, senón tamén para afrontar os retos inmediatos a que Europa debe facer fronte, e todo iso sen que as condicións de competencia se vexan aínda máis alteradas.

Desde esta perspectiva, exporemos de forma sinxela e concisa, primeiro, o marco temporal e excepcional baixo o que a Comisión Europea está disposta a aceptar a compatibilidade de determinadas axudas estatais; en segundo termo, os instrumentos financeiros europeos igualmente excepcionais deseñados pola Unión Europea para reforzar e estimular a economía europea, a partir dunha serie de prioridades que xa estaban establecidas como obxectivos estratéxicos, no novo “instrumento de emerxencia único” impulsado pola Comisión Europea baixo o nome de “Next Generation EU” (NGEU), dentro do novo marco orzamentario plurianual (2021–2027) e, dentro deste, no denominado “Mecanismo de Recuperación e Resiliencia” (MRR), cuxa aprobación definitiva aínda non se produciu, a través do que se pretende achegar axuda financeira aos Estados membros máis afectados pola crise (entre eles España).

Como necesario corolario do anterior, exporemos tamén nun terceiro apartado as pautas básicas que deberán ter en conta as administracións públicas e os axentes privados que as demandan, tanto para deseñar as súas axudas estatais como para elaborar os proxectos que se desexe que poidan financiarse con cargo aos recursos postos á disposición pola Unión Europea a través do citado instrumento de emerxencia único e, máis en concreto, do MRR.

Neste contexto, consideramos necesario apuntar igualmente a importancia da continuación dos traballos que está a levar a cabo a Comisión Europea para deseñar mecanismos efectivos a partir da recente publicación do “Libro Branco sobre as subvencións estranxeiras no Mercado Único”², para someter a algún tipo de control as axudas ou subvencións que, procedentes de países terceiros, afectan á competencia no mercado interior, ante a ineficiencia que están a demostrar ter as regras contidas no “Acordo sobre Subvencións e Medidas Compensatorias” (ASMC), aprobado no marco da Organización Mundial do Comercio ou OMC³ (WTO, pola súa sigla en inglés).

2 Referímonos ao proceso iniciado coa publicación do “Libro Branco sobre as subvencións estranxeiras no mercado único”, cuxa consulta pública rematou o 23 de setembro de 2020. Acerca deste fundamental documento e o seu estado actual de desenvolvemento, *vid.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1070.

3 Acerca do réxime das subvencións na OMC, *vid.* LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006. E, para un estudo monográfico da noción de subvención no ámbito da OMC, exposto comparativamente coa noción de axuda estatal, remitímonos, principalmente, a RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

2 O Marco Temporal e excepcional para as axudas estatais no contexto do actual gromo de COVID-19

Igual que fixera a partir de 2008 co denominado “Paquete bancario” aprobado pola Comisión Europea a causa do estado da crise financeira⁴, a Comisión Europea tomou novamente e de forma máis áxil un papel activo, adoptando un marco temporal excepcional para expor baixo que condicións está disposta a aceptar a compatibilidade de determinadas axudas estatais que, noutras circunstancias, non tería autorizado. Este marco é a norma básica para poder conceder axudas autorizables pola Comisión Europea no actual contexto de crise, que se engade ás que puidesen acollerse, se é o caso, xa á regra *de minimis*⁵ ou o Regulamento xeral de excepción por categorías⁶ que desenvolve, como veremos, algúns supostos excepcionais derivados de catástrofes naturais. Vexamos cal é a súa base xurídica, os seus beneficiarios e as axudas autorizables.

2.1 A flexibilización do marco xeral que é a súa base xurídica

O necesario punto de partida da nosa análise é que o propio sistema xeral de control sobre as axudas estatais deseñado nos artigos 107 a 109 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE) está dotado de mecanismos propios que permiten que se adapte a circunstancias tan excepcionais como as de 2008 ou as actuais derivadas da pandemia. Non estamos, en consecuencia, ante un aparcamento ou desbordamento práctico das normas europeas sobre axudas estatais, senón ante unha aplicación flexible destas a un contexto de crise de gran magnitude, que se ampara plenamente nas regras xa existentes. Iso é especialmente relevante, pois tanto no seu día o paquete bancario como o actual paquete COVID respectan o marco xeral vixente, cuxa flexibilidade intrínseca permite que sexa aplicable a circunstancias moi diferentes sen ter que obvioalo ou subvertelo.

4 Entre outros, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 117, xaneiro-marzo, 2010, pp. 161 a 190; e “Ayudas a la banca y crisis financiera en España”, *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 545 a 559. Para coñecer o contido das comunicacións aprobadas pola Comisión desde 2007 para axudar ao sector financeiro, *vid.* https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html.

5 A regra *de minimis* en materia de axudas de Estado foi admitida en primeiro lugar pola xurisprudencia, e a Comisión comezou a aplicala adoptando inicialmente un instrumento de *soft law*, as Directrices comunitarias sobre a norma *de minimis* para as axudas estatais (DO C 68, do 6 de marzo de 1996, p. 9), ata dispor de habilitación normativa para a adopción de regulamentos por parte da Comisión. Na actualidade a regra *de minimis* contense no Regulamento (UE) n. 1407/2013 da Comisión, do 18 de decembro de 2013, relativo á aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas *de minimis* (DO L 352, do 24 de decembro de 2013, p. 1).

6 Cfr. Regulamento (UE) n. 651/2014 da Comisión, do 17 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado (DO L 187, do 26 de xuño de 2014, p. 1). A versión consolidada pódese consultar en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10>. Así mesmo, *vid.* Regulamento (UE) n. 702/2014 da Comisión, do 25 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axuda nos sectores agrícola e forestal e en zonas rurais compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (DO L 193, do 1 de xullo de 2014, p. 1) e Regulamento (UE) n. 1388/2014 da Comisión, do 16 de decembro de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axudas a empresas dedicadas á produción, transformación e comercialización de produtos da pesca e da acuicultura compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (DO L 369, do 24 de decembro de 2014, p. 37).

Deste xeito, o 19 de marzo de 2020, a Comisión Europea adoptou a primeira versión da súa Comunicación titulada “Marco Temporal relativo ás medidas de axuda estatal destinadas a avalar a economía no contexto do actual gromo de COVID-19”⁷ (en diante, MTAE⁸), cuxa actual redacción incorpora as modificacións introducidas a través de catro revisións sucesivas: efectuadas o 3 de abril de 2020⁹ (1RMTAE), o 8 de maio de 2020¹⁰ (2RMTAE), o 2 de xullo de 2020¹¹ (3RMTAE) e finalmente, polo menos ata a data, o 13 de outubro 2020¹² (4RMTAE), revisión esta última que incorporou unha nova modalidade de axuda e ampliou de forma xeneralizada os prazos das axudas xa previstas.

A flexibilidade do sistema xeral reside no feito de que o marco legal xeral, aínda que parte dunha prohibición xeral, que se recolle no artigo 107.1 TFUE, de calquera medida que reúna as condicións enunciadas no dito precepto, a dita regra xeral combínase cun dobre xogo de excepcións cuxa aplicación corresponde en exclusiva á Comisión Europea, á que se dota de maior ou menor grao de discrecionalidade (máis limitada nas do artigo 107.2 TFUE, pois redúcese a verificar os supostos de feito previstos nel; e máis ampla nas recollidas no artigo 107.3 TFUE, nas cales o suposto de feito son, en realidade, “conceptos xurídicos indeterminados” cuxa apreciación lle corresponde á propia Comisión Europea apreciar baseándose en apreciacións máis amplas e determinables caso a caso)¹³. Por iso, a prohibición xeral considérase, máis ben, como unha “incompatibilidade de principio”.

-
- 7 DO C 91, do 20 de marzo de 2020, p. 1. Case ao mesmo tempo a Comisión aprobou tamén a comunicación “Marco temporal para avaliar cuestións de defensa da competencia relacionadas coa cooperación empresarial en resposta ás situacións de urxencia ocasionadas polo actual gromo de COVID-19”, relativa á aplicación dos artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ou TFUE (DO C 116, do 8 de abril de 2020, p. 7). Neste contexto e desde unha perspectiva internacional debemos destacar tamén o “ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic” (Acceso web: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>) e “OECD competition policy responses to COVID-19” (Acceso web: <https://www.oecd.org/competition/competition-policy-responses-to-covid-19.htm>). Acerca do que é lícito, desde unha perspectiva xeral, en materia de acordos entre empresas, *vid.* RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá-Colombia, 2020, pp. 155 a 182.
- 8 A versión consolidada “non oficial” do MTAE pode consultarse en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_es.pdf.
- 9 DO C 112 I, do 4 de abril de 2020, p. 1.
- 10 DO C 164, do 13 de maio de 2020, p. 3.
- 11 DO C 2018, do 2 de xullo de 2020, p. 3. Esta terceira revisión do MTAE (3RMTAE) entrou en vigor o 29 de xuño de 2020. Esta revisión é comentada por NICOLAIDES, Ph., “Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines”, *State Aid Uncovered*, 7 de xullo de 2020. Acceso web: <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-geber-de-minimis-regulation-and-guidelines/> e por WILSON, T., GNATZY, P. e CRANLEY, S., “The EC’s third amendment to the State aid Temporary Framework”, *Kluwer Competition Law Blog*, 7 de xullo de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>.
- 12 DO C 340 I, do 13 de outubro de 2020, p. 1. Os 20 primeiros puntos desta comunicación son un diagnóstico da situación a outubro de 2020.
- 13 Acerca das excepcións á regra xeral de incompatibilidade, *vid.* URRACA CAVIEDES, C., “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 243 a 279.

Así, 1) no artigo 107 TFUE formúlase un “concepto de axuda estatal” bastante aberto e que exige a concorrencia de cada un dos elementos propostos, o alcance dos cales foi sendo precisado pola xurisprudencia europea, conforme o cal:

“1. Salvo que os tratados dispoñan outra cousa, serán incompatibles co mercado interior, na medida en que afecten aos intercambios comerciais entre Estados membros, as axudas outorgadas polos Estados ou mediante fondos estatais, baixo calquera forma, que falseen ou ameacen falsear a competencia, favorecendo determinadas empresas ou producións”.

Nesta primeira etapa trátase de valorar se unha medida concreta pode ou debe ser reputada como axuda estatal (test da existencia de axuda estatal).

Tras esa determinación, se a medida é considerada axuda estatal, iníciase unha 2ª fase en que se valora a súa eventual compatibilidade (test da compatibilidade), distinguíndose entre as excepcións denominadas “automáticas” ou *per se*, que se enumeran no artigo 107.2 TFUE, co seguinte teor:

“2. Serán compatibles co mercado interior:

a) as axudas de carácter social concedidas aos consumidores individuais, sempre que se outorguen sen discriminacións baseadas na orixe dos produtos;

b) as axudas destinadas a reparar os prexuízos causados por desastres naturais ou por outros acontecementos de carácter excepcional;

c) as axudas concedidas co obxecto de favorecer a economía de determinadas rexións da República Federal de Alemaña, afectadas pola división de Alemaña, na medida en que sexan necesarias para compensar as desvantaxes económicas que resultan de tal división. Cinco anos despois da entrada en vigor do Tratado de Lisboa, o Consello poderá adoptar, por proposta da Comisión, unha decisión pola que se derogue esta letra”.

Xunto a estas primeiras excepcións, o artigo 197.3 recolle outro elenco coas que se coñecen como “facultativas” ou “discrecionais”, cuxa redacción, máis aberta, lle permite á Comisión actuar con maior capacidade de adaptación ás circunstancias concretas que se lle presenten. Así, afirmase:

“3. Poderán considerarse compatibles co mercado interior:

a) as axudas destinadas a favorecer o desenvolvemento económico de rexións en que o nivel de vida sexa anormalmente baixo ou en que exista unha grave situación de subemprego, así como o das rexións consideradas no artigo 349, tendo en conta a súa situación estrutural, económica e social;

b) as axudas para fomentar a realización dun proxecto importante de interese común europeo ou destinadas a pórllle remedio a unha grave perturbación na economía dun Estado membro;

c) as axudas destinadas a facilitar o desenvolvemento de determinadas actividades ou de determinadas rexións económicas, sempre que non alteren as condicións dos intercambios en forma contraria ao interese común;

d) as axudas destinadas a promover a cultura e a conservación do patrimonio, cando non alteren as condicións dos intercambios e da competencia na Unión en contra do interese común;

e) as demais categorías de axudas que determine o Consello por decisión, tomada por proposta da Comisión”.

Como acontecese durante a crise financeira, a Comisión vai apoiar a flexibilización do marco xeral das axudas estatais para autorizar medidas excepcionais inicialmente (na primeira versión do seu MTAE) nas posibilidades que ofrecen os artigos 107.2.b) TFUE (“as axudas destinadas a reparar os prexuízos causados por desastres naturais ou por outros acontecementos de carácter excepcional”)¹⁴ e o artigo 107.3.b) TFUE (a “grave perturbación da economía dun Estado membro”), ampliando a súa base legal e as posibilidades de excepción xa na primeira e case inmediata primeira revisión do MTAE, invocando ademais a excepción do artigo 107.3.c) TFUE (“as axudas destinadas a facilitar o desenvolvemento de determinadas actividades ou de determinadas rexións económicas, sempre que non alteren as condicións dos intercambios en forma contraria ao interese común”).

2.2 Potenciais beneficiarios

As axudas cuxa compatibilidade a Comisión está disposta a admitir de xeito temporal e excepcional no MTAE teñen como destinatarios potenciais un amplísimo abano de beneficiarios que se estende a todas as empresas non financeiras de todos os sectores, tipos e tamaños¹⁵, ben que nas sucesivas revisións se decidiu favorecer de modo especial dándolles un trato preferencial ás pequenas e medianas empresas (pemes¹⁶), incluíndo de forma expresa nalgunha das medidas as “microempresas” e os autónomos. Non obstante, como veremos, algunha das medidas, concretamente as medidas de recapitalización autorizables desde a segunda revisión do MTAE (2RMTAE), especialmente as que poidan outorgarse de forma individual, teñen con toda certeza como destinatarios directos grandes empresas, como a práctica veu demostrar.

A amplitude de potenciais beneficiarios que suxire esa afirmación xeral que procede da versión orixinal do MTAE é, non obstante, matizada posteriormente xa no MTAE orixinal ao exixir que as empresas potencialmente beneficiarias non se atopasen en “crise” en 31 de decembro de 2019, constituíndo este extremo, o de “empresa en crise”, como apuntan entre outros, NICOLAIDES¹⁷ e BUENDÍA¹⁸, un dos aspectos

14 Esta excepción non foi invocada en 2008, pois a crise non obedecía aos supostos que prevé expresamente.

15 No punto 3 MTAE, desde a súa versión orixinal afirmase que, “(...) Máis alá dos efectos inmediatos na mobilidade e o comercio, o gromo de COVID-19 está afectando de xeito crecente a empresas de todos os sectores e de todo tipo, tanto a pequenas e medianas empresas (pemes) como a grandes empresas. O impacto tamén se percibe nos mercados financeiros mundiais, en particular no que se refire á liquidez. Estes efectos non se circunscribirán a un Estado membro concreto; terán un impacto negativo na economía da Unión no seu conxunto”.

16 Segundo se define no anexo I do Regulamento (UE) n. 651/2014 da Comisión, do 17 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axuda compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado, DO L 187, do 26 de xuño de 2014, p. 1.

17 Neste sentido, NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, *State Aid Uncovered*, 27 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.lexion.eu/stateaidpost/identification-of-undertakings-in-difficulty/>.

18 A dificultade de identificar a empresa en crise que pretende excluír o MTAE na súa versión inicial foi tamén apuntada por BUENDÍA SIERRA, J.L., “Comisión Europea, competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, *Webinar – Asociación Española de Defensa de la Competencia*, 24 de abril de 2020. Acceso web: <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>.

máis delicados e controvertidos de todo o documento, ata o punto de que tiveron que modificar a redacción inicial do texto xa na súa primeira revisión, do 3 de abril de 2020¹⁹ (1RMTAE).

2.3 Liñas de actuación preferente

A relación completa das actuais 12 medidas sobre as que a Comisión apunta pautas específicas para admitir a súa compatibilidade son as seguintes²⁰:

1. Axudas en forma de subvencións directas, anticipos reembolsables ou vantaxes fiscais²¹.

2. Axudas en forma de garantías de préstamos.

3. Axuda en forma de bonificación dos tipos de xuro dos préstamos.

4. Axudas en forma de garantías e préstamos canalizados a través de entidades de crédito ou outras entidades financeiras.

5. Seguro de créditos á exportación a curto prazo.

6. Axuda á investigación e ao desenvolvemento relacionada coa COVID-19 (2RMTAE).

7. Axuda ao investimento destinada ás infraestruturas de ensaio e ampliación de escala (2RMTAE).

8. Axuda ao investimento para a produción de produtos relacionados coa COVID-19 (2RMTAE).

9. Axuda en forma de aprazamentos do pagamento de impostos ou cotizacións á seguridade social (2RMTAE).

10. Axuda en forma de subsidios salariais para os empregados co fin de evitar as reducións de persoal durante o gromo de COVID-19 (2RMTAE).

11. Medidas de recapitalización (3RMTAE).

12. Axuda en forma de apoio por custos fixos non cubertos (4RMTAE).

Estas 12 medidas pódense clasificar, atendendo á súa finalidade principal e ás súas características comúns, en 4 grupos:

A. Axudas directas para garantir a liquidez das empresas (1-5);

B. Axudas ao investimento vinculadas á loita contra a COVID-19 (6-8);

C. Axudas sociais (9-10) e

D. Axudas para a reconstrución financeira das empresas a través da súa “recapitalización” (11 e 12²²).

19 En efecto, o MTAE na súa versión orixinal dispuña que “as axudas poden concederse a empresas que non estaban en crise (a teor do disposto no Regulamento xeral de exención por categorías) en 31 de decembro de 2019; poden concederse a empresas que non estean en crise e/ou a empresas que non estaban en crise en 31 de decembro de 2019 pero que si o estaban ou empezaron a estalo con posterioridade a consecuencia do gromo de COVID-19”.

20 Igual que fixera co paquete bancario, a Comisión publica na web oficial da DXCOMP unha relación actualizada das axudas autorizadas para coñecer o alcance e o deseño de cada unha destas medidas, diferenciadas por países e con acceso ao seu correspondente contido en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html.

21 Optamos nesta ocasión polo título inicial destas axudas no MTAE fronte á que se incorpora con posterioridade: “Importes limitados de axuda”.

22 A adscrición desta nova modalidade de axuda xunto á recapitalización pode inferirse, ao noso xuízo, da presentación que desta fai a propia Comisión no seu 4RMTAE, cando afirma: “(...) moitas empresas enfróntanse temporalmente a unha menor demanda que non lles permite cubrir parte dos seus custos fixos. En moitos casos, espérase que a demanda se recupere nos próximos meses, pero para estas empresas pode non ser eficiente reducir o seu tamaño se iso leva consigo custos de reestruturación significativos. Apoiar estas empresas contribuíndo a unha parte dos seus custos fixos de forma

As regras de acumulación tamén se viron sucesivamente modificadas, ampliando e flexibilizado as iniciais, quedando recollidas hoxe nos puntos 20 e 20 bis²³ de MTAE consolidado e nas mencións específicas que se conteñen nalgunha modalidade concreta, que son as realmente relevantes, posto que o novo punto 20 se limita a sinalar que “as medidas de axuda temporal cubertas por esta comunicación poden acumularse entre si de acordo coas disposicións das seccións específicas desta comunicación. As medidas de axuda temporal cubertas por esta comunicación pódense acumular con axuda de conformidade co Regulamento *de minimis* ou con axuda de conformidade co Regulamento de exención por categorías sempre que se respecten as disposicións e as normas de acumulación do dito regulamento”.

2.4 Exame das principais características de cada unha destas medidas concretas

Imos expor de forma moi sucinta²⁴ as medidas seguindo a clasificación proposta, polo que a lectura do MTAE na súa versión consolidada resulta imprescindible. Abordaremos pois: 1) Axudas directas para garantir a liquidez das empresas (seccións 1-5); 2) Axudas ao investimento vinculadas á loita contra a COVID-19 (seccións 6-8); 3) Axudas sociais (seccións 9-10) e 4) A reconstrución financeira das empresas a través da súa “recapitalización” (seccións 11 e 12).

2.4.1 Axudas directas para garantir a liquidez das empresas

A esta primeira categoría corresponden en primeiro lugar as axudas en forma de subvencións directas, anticipos reembolsables ou vantaxes fiscais (sección 3.1 MTAE). Trátase dun dos instrumentos básicos (como as tres medidas seguintes²⁵) para garantir a liquidez das empresas e con iso a súa supervivencia. O seu outorgamento, con regras específicas para a agricultura, a pesca e a acuicultura, está suxeito ás seguintes condicións básicas²⁶:

O importe máximo desta axuda, en calquera das súas modalidades ou combinación delas, non pode superar o límite dos 800.000 euros por empresa. Esta cifra, como as demais recollidas no MTAE representa un límite absoluto, que non se pode superar, sen prexuízo da acumulación con outras modalidades previstas no propio MTAE cando así se admita. Exíxese para o seu outorgamento articular un orzamento estimado.

temporal pode ser unha forma eficaz de salvar a fenda, evitando así a deterioración do seu capital, mantendo a súa actividade empresarial e proporcionándolles unha base sólida para a súa recuperación”. (Punto 11, 4RMTAE).

23 A redacción do punto 20 foi modificada na primeira revisión do MTAE e o 20bis foi incorporado na segunda revisión, do 8 de maio de 2020.

24 Para un exame exhaustivo desta comunicación e a súa aplicación, véxase, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control”, *Anuario de la Competencia 2020*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2020 (en prensa).

25 Debemos subliñar que as 4 primeiras medidas que recolle o MTAE son as que se adoitan autorizar nos casos de axudas a empresas en crise na fase de salvamento, coas que, baixo estritas condicións, máis severas en tales casos, se trata de garantir a supervivencia da empresa mentres se analiza a súa posible reestruturación.

26 As condicións a), b), c) e d) son de nova redacción (3 de abril de 2020), a letra e) mantense desde a versión orixinal.

Polo que se refire ao sector primario, estas axudas poden tamén concederse baixo as mesmas condicións ás empresas de transformación e comercialización de produtos agrícolas²⁷, sempre que non se lles repercutan total ou parcialmente aos produtores primarios e non se fixen en función do prezo ou da cantidade dos produtos adquiridos aos produtores primarios ou comercializados polas empresas interesadas. Pola contra, no caso de empresas que operen no sector da agricultura primaria, pesca e acuicultura, establécense certas limitacións²⁸, pois o seu importe non poderá exceder os 120.000 euros por empresa activa nos sectores da pesca e a acuicultura²⁹ e os 100.000 euros nas de produción primaria de produtos agrícolas³⁰.

No caso das axudas á produción primaria de produtos agrícolas, precísase ademais que non deben establecerse en función do prezo ou da cantidade dos produtos comercializados, mentres que as axudas nos sectores da pesca e da acuicultura non afectan a ningunha das categorías de axuda a que fai referencia o artigo 1, apartado 1, letras a) a k), do Regulamento (UE) n. 717/2014 da Comisión³¹.

A segunda medida destinada a dotar de liquidez as empresas é a outorgable en forma de garantía de préstamos³². A axuda non se acumulará coa que se conceda para este principal subxacente do préstamo baixo a modalidade seguinte (3.3. Axuda en forma de bonificación dos tipos de xuro dos préstamos), agás que o importe total dos préstamos por beneficiario non supere os límites establecidos no propio MTAE para estas axudas.

Sentada esa regra inicial, as condicións básicas baixo as que se admitirá a súa compatibilidade son: os préstamos individuais valóranse en función da súa duración, de forma que a prima aumentará progresivamente a medida que aumente a súa duración, aínda que os Estados membros poden notificar réximes en que a duración,

27 O MTAE remítese en nota (17) á definición contida no artigo 2, apartado 6, e no artigo 2, apartado 7, do Regulamento (CE) n. 702/2014 da Comisión, do 25 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axuda nos sectores agrícola e forestal e en zonas rurais compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (DO L 193, do 1 de xullo de 2014, p. 1).

28 Cfr. Punto 22 MTAE, modificado o 3 de abril de 2020.

29 En nota (18) aclárase: "Segundo a definición do artigo 2, apartado 1, do Regulamento (UE) n. 717/2014 da Comisión, do 27 de xuño de 2014, relativo á aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas *de minimis* no sector da pesca e da acuicultura (DO L 190, do 28 de xuño de 2014, p. 45)".

30 En nota (19) precísase que se entende por produción primaria de produtos agrícolas todos os produtos enumerados no anexo I do TFUE coa excepción dos produtos dos sectores da pesca e a acuicultura.

31 En nota (20) remítese ao Regulamento (UE) n. 717/2014 da Comisión, do 27 de xuño de 2014, relativo á aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas *de minimis* no sector da pesca e da acuicultura (DO L 90, do 28 de xuño de 2014, p. 45). A exclusión expresa contén todas as letras incluídas no dito apartado 1, cuxo correspondente contido é: a) as axudas cuxo importe se fixe sobre a base do prezo ou a cantidade dos produtos adquiridos ou comercializados; b) as axudas a actividades relacionadas coa exportación a países terceiros ou Estados membros, en concreto as axudas directamente vinculadas ás cantidades exportadas, ao establecemento e o funcionamento dunha rede de distribución ou a outros gastos correntes relacionados coa actividade exportadora; c) as axudas condicionadas á utilización de produtos nacionais en lugar de importados; d) as axudas para a compra de buques pesqueiros; e) as axudas para a modernización ou substitución de motores principais ou auxiliares dos buques pesqueiros; f) as axudas para operacións que incrementen a capacidade de pesca dun buque ou equipos que incrementen a capacidade dun buque para localizar peixes; g) as axudas para a construción de novos buques pesqueiros ou a importación de buques pesqueiros; h) as axudas para a paralización temporal ou definitiva das actividades pesqueiras, agás se están especificamente previstas no Regulamento (UE) n. 508/2014; i) as axudas para a pesca experimental; j) as axudas para a transferencia de propiedade dunha empresa; k) as axudas para a repoboación directa, agás que estea explicitamente prevista como medida de conservación por un acto xurídico da Unión ou en caso de repoboación experimental.

32 Cfr. MTAE, puntos 24 a 25. O 8 de maio de 2020, engádese o punto 24bis.

as primas de garantía e a cobertura de garantía poidan modularse para o principal de cada préstamo individual subxacente, sempre que esta prima sexa superior ás primas mínimas para o primeiro ano para cada tipo de beneficiario (axustadas en función da duración e cobertura da garantía que ofrece o propio MTAE no correspondente cadro), para as pemes e as grandes empresas³³.

O importe da axuda autorizable –que pode outorgarse, tras a 4^a RMTAE, ata o 30 de xuño de 2021– varía en función de que o seu vencemento sexa posterior³⁴ ou anterior³⁵ á dita data.

A súa duración máxima é de seis anos, a menos que estea modulada e a garantía pública non supere determinados límites³⁶, e, para poder ser autorizada, a garantía deberá estar relacionada con préstamos para investimentos ou con préstamos para o capital circulante.

A terceira forma de achegar liquidez é a bonificación dos tipos de xuro dos préstamos³⁷. A Comisión acepta que a bonificación “por un período de tempo e un importe de préstamo limitados pode ser unha solución axeitada, necesaria e específica mentres duren as actuais circunstancias”. As axudas en forma de débeda subordinada³⁸ deben cumprir as condicións respectivas nesta mesma sección (sección 3.3 MTAE)³⁹.

O MTAE incorpora tamén unha regra especial de acumulación⁴⁰, conforme a cal estas axudas non se poden acumular coa axuda outorgada para o mesmo principal subxacente do préstamo na sección anterior (axudas en forma de garantías de préstamos), nin aquelas con estas, salvo para diferentes préstamos, sempre que o importe total dos préstamos por beneficiario non supere os limiares establecidos para cada modalidade. Deste xeito, un beneficiario pode acollerse en paralelo a **múltiples medidas**

33 Como se expón no correspondente cadro, o nivel mínimo da prima de garantía varía de 25 pb a 100 pb para as pemes e de 50 pb a 200 pb para as grandes empresas.

34 Conforme o punto 25, letra d) MTAE, nos préstamos cun vencemento posterior ao 31 de decembro de 2020: o importe global dos préstamos por beneficiario non superará: i. o dobre dos custos salariais anuais do beneficiario (incluídas as cargas sociais e o custo do persoal que traballe no recinto da empresa, pero figure formalmente na nómina dun subcontratista) correspondentes a 2019 ou ao último ano dispoñible; no caso de empresas creadas o 1 de xaneiro de 2019 ou con posterioridade a esa data, o préstamo máximo non debe superar a estimación dos custos salariais anuais para os dous primeiros anos de actividade; ou ii. o 25% do volume de negocios total do beneficiario en 2019; ou iii. xustificación axeitada proporcionada polo Estado membro á Comisión. O importe do préstamo pode aumentarse para cubrir as necesidades de liquidez desde o momento da concesión durante os próximos 18 meses para PEME13 e para os próximos 12 meses para grandes empresas. As necesidades de liquidez deben establecerse mediante a autocertificación do beneficiario (a redacción deste último punto procede da segunda revisión do MTAE, do 8 de maio de 2020).

35 Nos préstamos con vencemento ata o 31 de decembro de 2020 (punto 25, letra e) MTAE, o importe do principal do préstamo pode ser superior ao indicado *infra*, coa debida xustificación proporcionada polo Estado membro á Comisión, e sempre que a proporcionalidade da axuda siga garantida e demostrada polo Estado membro á Comisión.

36 O punto 25, letra f) MTAE recolle a seguinte distinción: i. o 90% do principal do préstamo cando as perdas se imputen proporcionalmente e en condicións idénticas á entidade de crédito e ao Estado; ou ii. o 35% do principal do préstamo cando as perdas se imputen primeiro ao Estado e só despois ás entidades de crédito (é dicir, unha garantía de primeira perda); e iii. nos dous casos antes mencionados, cando o préstamo diminúe ao longo do tempo –por exemplo, porque se empeza a devolver–, o importe garantido debe diminuír proporcionalmente.

37 Cfr. MTAE, puntos 26 a 27 bis (este último introducido na revisión do MTAE do 8 de maio de 2020).

38 Salvo que, como indica en nota, se a devandita axuda cumpre as condicións expostas na sección 3.1 desta comunicación”.

39 No mesmo punto 26 a Comisión cuantifica ese risco, fixándoo nun terzo para as grandes empresas e a metade do importe para as pemes, tal como se define no punto 27, letra d, incisos i) ou ii). Por enriba destes límites máximos, a débeda subordinada debe avaliarse conforme as condicións establecidas para as medidas de recapitalización no contexto da COVID-19 expostas na sección 3.11, co fin de garantir a igualdade de trato.

40 Cfr. novo punto 26bis, incorporado na segunda revisión do MTAE (9 de maio de 2020).

*sempre que o importe total dos préstamos por beneficiario non exceda os correspondentes límites establecidos*⁴¹.

En consecuencia, admítase, como no caso das garantías de préstamos, unha dobre alternativa: 1) tipos de xuro reducidos que sexan polo menos idénticos ao tipo base (IBOR a 1 ano ou equivalente⁴², máis as marxes de risco de crédito establecidas no correspondente cadro que incorpora o MTAE; ou 2) que os Estados membros notifiquen réximes específicos, tomando como base as referencias recollidas no cadro común para as dúas alternativas⁴³, aínda que o vencemento dos préstamos e o nivel de marxes de risco de crédito poidan modularse⁴⁴, sempre que esta marxe sexa superior á marxe de risco de crédito mínimo para o primeiro ano para cada tipo de beneficiario, axustada en función do vencemento deste tal como se indica no propio MTAE⁴⁵.

Establécese unha data límite para a súa concesión –que podería variar coas circunstancias da pandemia– e limitase a un máximo de seis anos, a menos que estean modulados conforme o previsto cando os Estados membros notificasen un réxime de axuda⁴⁶.

O importe global dos préstamos *fixase en función da data do vencemento do préstamo con posterioridade*⁴⁷ ou antes⁴⁸ da data límite para a súa concesión.

O custo cuberto limitase ás necesidades de investimento ou ás de capital circulante.

No caso das garantías e préstamos canalizados a través de entidades financeiras (sección 3.4)⁴⁹, admítase finalmente que sexan xa as tres modalidades anteriores de axuda e non só as dúas últimas (agora epígrafes 3.1. a 3.3, inclusive), as que non só poden ser achegadas directamente polos Estados membros, senón que poden

41 Cfr. novo punto 26bis (8 de maio de 2020).

42 A Comisión remítese ao publicado por ela mesma, con data do 1 de xaneiro de 2020. Na nota 23 infórmase de que se trata de tipos de base calculados de conformidade coa Comunicación da Comisión relativa á revisión do método de fixación dos tipos de referencia e de actualización (DO C 14, do 19 de xaneiro de 2008, p. 6) e publicados na páxina web da DX Competencia en https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html.

43 No dito cadro fíxase que o tipo de xuro mínimo debe ser polo menos igual á taxa base o 1 de xaneiro de 2020 máis unha marxe de risco que varía de 25 pb a 100 pb para as pemes e de 50 pb a 200 pb para as grandes empresas, dependendo do vencemento do préstamo (1-6 anos).

44 A comunicación ofrece aquí tamén un exemplo de como fixar unha marxe de risco de crédito a prezo concertado para toda a duración do préstamo.

45 En nota (26) aclárase que o tipo de xuro global mínimo (tipo base máis marxes de risco de crédito) debe ser de polo menos 10 pb anuais.

46 A modalidade alternativa prevista no punto 27, letra b.

47 Vencemento posterior ao 31 de decembro de 2020 (punto 27, letra d): i. O dobre dos custos salariais anuais do beneficiario (incluídas as cargas sociais e o custo do persoal que traballe no recinto da empresa pero figure formalmente na nómina dun subcontratista) correspondentes a 2019 ou ao último ano dispoñible; no caso de empresas creadas o 1 de xaneiro de 2019 ou con posterioridade a esa data, o préstamo máximo non debe superar a estimación dos custos salariais anuais para os dous primeiros anos de actividade; ou ii. O 25% do volume de negocios total do beneficiario en 2019; ou iii. Este punto foi modificado na revisión do 8 de marzo de 2020, para exixir non só que a xustificación sexa adecuada, senón que sexa ademais “proporcionada polo Estado membro á Comisión (por exemplo, en relación coas características de certo tipo de empresas), o importe do préstamo pode aumentarse para cubrir as necesidades de liquidez desde o momento da concesión durante os próximos 18 meses para PYME 16 e para os próximos 12 meses para grandes empresas. As necesidades de liquidez deben establecerse mediante a autocertificación do beneficiario.

48 Vencemento anterior ao 31 de decembro de 2020: o importe do principal do préstamo por beneficiario pode ser superior ao establecido no punto 27, letra d, se existe unha xustificación axeitada e sempre que siga estando asegurada a proporcionalidade da axuda.

49 Cfr. MTAE, puntos 28 a 31. Nova redacción.

articularse a través de institucións de crédito e outras institucións financeiras, aínda que sometida esta última posibilidade a condicións específicas para evitar que parte da axuda pase a estas institucións.

Finalmente, ofrécense regras especiais respecto da axuda en forma de seguro de créditos á exportación a curto prazo⁵⁰, admitíndose que, nas actuais circunstancias de maior risco e problemas de liquidez, outro dos ámbitos máis afectados é o da exportación e, polo tanto, os seguros de crédito á exportación.

2.4.2 Axudas ao investimento vinculado á loita contra a COVID

As 3 seguintes medidas (seccións 3.6 a 3.8) perseguen obxectivos complementarios entre si e artículanse de xeito moi semellante como axudas ao investimento directamente relacionado coa loita contra a COVID-19⁵¹.

A primeira medida diríxese a estimular o investimento en I+D nas súas diversas fases, na loita directa contra a COVID-19⁵² tratando de atallar os problemas sanitarios que produce e reducir a duración da enfermidade e, por iso, do seu impacto económico. Deste xeito, autorízanse axudas ao investimento destinado a desenvolver medidas defensivas ou a atopar un remedio contra o virus. As condicións específicas para a compatibilidade destas axudas son basicamente as seguintes:

Os beneficiarios son, en consecuencia, empresas⁵³ directamente relacionadas coa loita contra a COVID-19⁵⁴ (sectores sanitario e farmacéutico), incluídas as que recibisen unha etiqueta de calidade selo de excelencia concernente especificamente á COVID-19 no marco do instrumento para as pemes do Programa Horizonte 2020⁵⁵.

50 Cfr. MTAE, puntos 32 a e 33. Nova redacción.

51 Epígrafes 3.6 a 3.8, puntualmente retocado na segunda revisión. De momento son escasas as axudas deste tipo que se autorizaron, sendo habitual que unha mesma decisión comprenda varias modalidades de axuda ao investimento. A título ilustrativo, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *SA.57035 COVID-19 Support to R&D projects, testing -infrastructures and production of COVID 19 related products*, State Aid Cases, Portugal, abril de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57035.

52 Cfr. MAE, puntos 34 e 35.

53 Téñase en conta que, baixo determinadas condicións, institucións como as universidades ou centros públicos de investigación quedan fóra da noción de empresa, ou determinadas actividades de investigación non se reputan, en sentido estrito, como actividades económicas, polo que o seu financiamento público podería escapar do ámbito de aplicación do artigo 107.2 TFUE. A este respecto, *vid.* CCAE (DO C 263, do 19 de xullo de 2016, p. 1; en especial, apartado 2.4. Asistencia sanitaria e 2.5. Actividades educativas e de investigación). Para un comentario das ditas previsións, pode verse o noso traballo RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., "El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)", Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 225 a 229 e CCAE, apartado 2.

54 En nota ao pé (31), o MTAE precisa a este respecto que se inclúe a investigación relacionada coa COVID-19 e outros anti-virais, a investigación sobre vacinas, medicamentos e tratamentos, produtos sanitarios e equipos hospitalarios e médicos, desinfectantes e roupa e equipos de protección, e sobre innovacións de procesos pertinentes de cara a unha produción eficiente dos produtos necesarios. Mais recentemente, NICOLAIDES, Ph., "The Concept of SME, Indirect Control by Public Bodies and New Problems for Public Universities and Research Organisations", *State Aid Uncovered*, 3 de novembro de 2020. Acceso web: https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/the-concept-of-sme-indirect-control-by-public-bodies-and-new-problems-for-public-universities-and-research-organisations/?utm_source=NL&utm_medium

55 A este respecto, *vid.* <https://eshorizonte2020.es/> e <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172fcf4eb029fa6ec7da6901432ea0/?vgnextoid=72e4cd8da41c1410vgnVCM1000001d04140aRCRD>.

A axuda pode outorgarse como nas recollidas no apartado 3.1 MTAE, en forma de subvencións directas, anticipos reembolsables ou vantaxes fiscais, sendo a data límite para a súa concesión o 30 de xuño de 2021 (4RMTAE).

A Comisión establece unha relevante distinción temporal ao diferenciar entre os proxectos iniciados a partir do 1 de febreiro de 2020, é dicir, tras manifestarse a pandemia, ou que recibisen un selo de excelencia concernente especificamente á COVID-19; e os proxectos iniciados antes do 1 de febreiro de 2020, é dicir, aqueles non dirixidos especificamente a combater a pandemia pero que poden reconducirse á loita contra o virus, que é o que se quere incentivar. Estes últimos, en principio, non se terían concibido directamente para a COVID-19, pero poden reconducirse ao seu estudo. Aos primeiros recoñéceselles directamente un efecto incentivador capaz de xustificar a súa compatibilidade, mentres que os segundos só poderían beneficiarse desta axuda se se acredita que é necesaria para acelerar ou ampliar o alcance do proxecto e se limita aos custos adicionais relacionados cos esforzos de aceleración ou a ampliación do seu alcance.

Considéranse custos subvencionables todos os necesarios para o proxecto mentres siga en curso, sinalando de forma exhaustiva pero non pechada cales se poden incluír⁵⁶.

A intensidade de axuda por beneficiario pode chegar ata o 100 % dos custos subvencionables no caso da investigación fundamental, reducíndose ao 80 % para a investigación industrial e o desenvolvemento experimental, aínda que este límite inicial pode incrementase ata en quince puntos porcentuais, chegando así ata o 95 %, se máis dun Estado membro apoia o proxecto de investigación ou se se leva a cabo en colaboración transfronteiriza con organizacións de investigación ou outras empresas, fomentándose así ese tipo de colaboración transfronteiriza.

A segunda modalidade de axuda que se incorpora ao MTAE vinculada á loita contra a COVID-19 (1RMTAE) dirixese a impulsar a construción ou mellora das infraestruturas de ensaio e ampliación de escala⁵⁷ necesarias para o desenvolvemento, o ensaio e a ampliación de escala, ata o primeiro despregamento industrial previo á produción en masa, de produtos relacionados coa COVID-19⁵⁸. Esta última distinción debe considerarse unha oportuna cautela dirixida a limitar o efecto distorsionador desta axuda na fase final, a produción en masa, polo que o estímulo se dirixe ás fases anteriores.

56 O MTAE ofrece no seu punto 35, letra c), a seguinte relación ilustrativa: incluídos, entre outros, os custos de persoal, os custos en concepto de equipos dixitais e informáticos, de ferramentas de diagnóstico, de ferramentas de recollida e tratamento de datos, de servizos de I+D, e de ensaios preclínicos e clínicos (fases de ensaio I-IV), os relacionados coa obtención, validación e defensa de patentes e outros activos inmateriais, a obtención das avaliacións da conformidade ou as autorizacións necesarias para a comercialización de vacinas e medicamentos, produtos sanitarios, equipos hospitalarios e médicos, desinfectantes e equipos de protección individual novos e mellorados; os ensaios de fase IV son subvencionables sempre que permitan novos avances científicos ou tecnolóxicos.

57 Cfr. MTAE, puntos 36 e 37 (primeira revisión, do 3 de abril de 2020).

58 De xeito expreso cítase no punto 37.d): a construción ou mellora das infraestruturas de ensaio e ampliación de escala necesarias para o desenvolvemento, o ensaio e a ampliación de escala, ata o primeiro despregamento industrial previo á produción en masa, de medicamentos (incluídas as vacinas) e tratamentos, os seus produtos intermedios, ingredientes farmacéuticos activos e materias primas relacionados coa COVID-19; os produtos sanitarios, os equipos hospitalarios e médicos (incluídos os respiradores e a roupa e o equipo de protección, así como as ferramentas de diagnóstico) e as materias primas necesarias; os desinfectantes e os seus produtos intermedios e as materias primas químicas necesarias para a súa produción; así como as ferramentas de recollida/tratamento de datos.

Incorpóranse igualmente importantes precisións respecto da data de inicio dos proxectos, atendendo a que sexan anteriores ou non ao 1 de febreiro de 2020, recoñecéndolles novamente só aos primeiros de xeito automático o carácter incentivador que xustifica a súa compatibilidade. Se a axuda é necesaria para acelerar ou ampliar o alcance do proxecto, poderá tamén concederse a proxectos anteriores á dita data (1 de febreiro de 2020), ben que o seu importe se limita aos custos adicionais relacionados cos esforzos de aceleración ou a ampliación do alcance.

Así mesmo, o proxecto deberá executarse nun prazo máximo de seis meses⁵⁹, correndo a cargo do Estado membro concedente acreditar que se culminou. A finalización en prazo estímúlase penalizando coa obriga do reembolso do 25 % por cada mes de atraso no caso de subvención directa ou vantaxe fiscal, salvo que se acredite que se debeu a factores alleos ao control do beneficiario. No caso de axudas en forma de anticipos reembolsables, estímúlase o cumprimento do prazo transformándoos en subvención, penalizando o atraso co reembolso por tramos anuais iguais no prazo de cinco anos a partir da data de concesión da axuda.

A axuda cobre ata o 75 % dos custos subvencionables, que, no caso das subvencións directas ou de vantaxes fiscais, poderá incrementarse en quince puntos porcentuais adicionais (ata o 90 %) se o investimento conclúe nos dous meses seguintes á data de concesión da axuda ou a data de solicitude da vantaxe fiscal, ou se o aval procede de máis dun Estado membro, porcentaxe que tamén se aplica ás axudas en forma de anticipo reembolsable⁶⁰.

Finalmente, o MTAE incorpora tamén a posibilidade de deseñar axudas ao investimento para a fabricación de produtos relacionados coa COVID-19⁶¹, que se poden outorgar igualmente en forma de subvencións directas, vantaxes fiscais ou anticipos reembolsables que deben concederse antes do 30 de xuño de 2021 (4RMTAE).

De forma similar ao previsto respecto das dúas anteriores modalidades de axuda vinculadas á loita contra a pandemia, distínguese entre os proxectos iniciados a partir do 1 de febreiro de 2020 e os posteriores e con iguais consecuencias, pois respecto destes últimos límitase o importe da axuda aos custos adicionais relacionados cos esforzos de aceleración ou a ampliación do alcance.

O prazo de execución dos proxectos que poden beneficiarse desta axuda volve ser o común dos seis meses seguintes á data de concesión da axuda, recoñecendo igualmente as autoridades nacionais a capacidade para acreditálo. Para garantir o seu cumprimento, tamén se opta polo reembolso do 25 % do importe da subvención directa ou da vantaxe fiscal por cada mes de atraso, salvo, novamente, a concorrencia de factores alleos ao control do beneficiario. No caso de axudas en forma de anticipos

59 Resulta evidente que había que fixar unha data límite, pero nalgunhas materias como a I+D pode ser pouco realista, polo que é previsible que esta data poida interpretarse de forma ampla e non rigorosa en función dos resultados obtidos nese período. Certo é que fixar unha data non só era necesario, senón que pode levar a incrementar os medios dispoñibles e iso é precisamente o que persegue esta axuda.

60 A diferenza da medida anterior (investimento en I+D COVID-19), esta axuda non poderá combinarse con outras axudas ao investimento polos mesmos custos subvencionables, aínda que pode concederse ao mesmo tempo ou separadamente, como medida de axuda independente, unha garantía de perdas baixo unhas estritas condicións. Debemos ter en consideración que o beneficiario queda cunha instalación nova ou ampliada grazas á axuda.

61 Cfr. MTAE, puntos 38 e 39.

reembolsables, transfórmanse en subvencións que, no caso contrario, deberán reembolsarse tamén en tramos anuais iguais nun prazo de cinco anos a partir da data de concesión da axuda.

A axuda pódese estender ata o 80 % de todos os custos do investimento necesarios para a produción dos produtos cuxa produción se precisa e dos ensaios en liña das novas instalacións de produción, que pode incrementarse ata en quince puntos porcentuais adicionais se o investimento conclúe nos dous meses seguintes á data de concesión da axuda ou a data de solicitude da vantaxe fiscal, ou se o aval procede de máis dun Estado membro. Se a axuda se concede en forma de anticipo reembolsable e o investimento se completa no prazo de dous meses, ou se, sen conseguilo, conta co apoio de máis dun Estado membro, tamén pode beneficiarse dese incremento.

2.4.3 Axudas sociais

O “carácter social” das medidas que incorpora o MTAE na súa primeira revisión (1RMTAE) podería permitir consideralas como “medidas xerais” e, polo tanto, excluílas do ámbito de aplicación do artigo 107.1 TFUE por carecer de carácter selectivo⁶². Non obstante, para evitar o seu eventual carácter selectivo, a Comisión fixa as condicións baixo as que, *aínda no dito caso, está disposta a admitir como compatibles sobre a base do artigo 107.3.b) TFUE*.

Tal é o caso dos réximes que consistan en aprazamentos temporais do pagamento de impostos ou cotizacións á Seguridade Social aplicables ás empresas (incluídas as persoas que traballan por conta propia) especialmente afectadas polo gromo de COVID-19 (sección 3.0, 1RMTAE), aínda que se outorguen por exemplo en sectores ou rexións específicos ou en función do seu tamaño.

A Comisión vai aplicar o mesmo criterio ás obrigas fiscais e de seguridade social⁶³ destinadas a aliviar as dificultades de liquidez a que se enfrontan os beneficiarios, incluídos, entre outros, o aprazamento dos pagamentos a prazos, un acceso máis doado aos plans de pagamento da débeda tributaria e a concesión de períodos sen devindicación de xuros, a suspensión da recadación da débeda tributaria e as devolucións de impostos aceleradas.

A compatibilidade só se admitirá para as axudas que se concedan antes do 30 de xuño de 2021, que, no caso dos aprazamentos, non poderá ser posterior ao 31 de decembro de 2022.

Do mesmo xeito e prevendo o seu posible carácter selectivo, a Comisión admite nunha nova sección, a 3.10, incorporada como a anterior na 1RMTAE e igualmente ao abeiro do artigo 107.3.b) TFUE, a compatibilidade das axudas en forma de subsidios salariais⁶⁴ se o subsidio salarial se concede por un período máximo de doce (12)

62 Así se recolle nos puntos 40 e 42 incorporados na 1RMTAE cando afirma que, “Se estes réximes de apoio se aplican ao conxunto da economía, non entran dentro do ámbito de aplicación do control das axudas estatais. Se lles confiren ás empresas unha vantaxe selectiva, o que pode suceder se se circunscriben a determinados sectores, rexións ou tipos de empresas, constitúen axudas no sentido do artigo 107, apartado 1, do TFUE”.

63 Cfr. MTAE, puntos 40 e 41. Nova modalidade de axuda incorporada ao MTAE.

64 Cfr. MTAE, puntos 42 e 43. Nova modalidade de axuda incorporada ao MTAE.

meses despois da solicitude da axuda aos empregados que, doutro modo, terían sido despedidos como consecuencia da suspensión ou redución das actividades empresariais debido ao gromo de COVID-19, e sempre que o persoal beneficiario permaneza empregado de xeito continuo durante a totalidade do período para o que se concede a axuda. **Exíxese igualmente que o seu importe non supere o 80 % do salario bruto mensual** (incluídas as cotizacións patronais á Seguridade Social) do persoal beneficiario. Os Estados membros tamén poden notificar, en particular en interese das categorías de salarios baixos, métodos de cálculo da intensidade da axuda alternativos, por exemplo, o uso da media salarial nacional ou o salario mínimo, sempre que se manteña a proporcionalidade da axuda.

O subsidio pode combinarse con outras medidas de apoio ao emprego xeralmente dispoñibles ou selectivas, sempre que o apoio combinado non supoña unha compensación excesiva dos custos salariais do persoal afectado. Os subsidios salariais poden combinarse ademais con aprazamentos do pagamento de impostos e aprazamentos dos pagamentos á Seguridade Social.

2.4.4 Axudas para a reconstrución financeira das empresas⁶⁵

A novidade máis importante da segunda revisión do MTAE (2RMTAE), do 8 de maio de 2020⁶⁶, é, sen dúbida, a admisión de axudas para a recapitalización (temporal) de empresas⁶⁷. A súa redacción, chea de cautelas e limitacións, algo flexibilizadas na 4RMTAE, pon en evidencia o medido xogo de equilíbrios que a Comisión⁶⁸ tivo

65 Novos apartados 3.11 e 3.12 do MTAE, incorporados respectivamente na 3RMTAE e 4MTAE.

66 A Comisión xa tivo ocasión de examinar axudas en forma de débeda subordinada do accionista con anterioridade a esta segunda revisión do MTAE; concretamente, no caso da axuda notificada por Francia a Air France, cuxa compatibilidade foi admitida pola Comisión sobre a base do artigo 197.3.b) TFUE (EUROPEAN COMMISSION, *SA.57082, COVID-19 Cadre temporaire 107(3)(b). Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France*, State Aid Cases, France, maio de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082).

67 Non debemos esquecer que, ademais da recapitalización de empresas con fondos públicos, existen alternativas como as de carácter regulatorio. A este respecto podemos citar a iniciativa levada a cabo pola Autoridade de Condución Financeira (*Financial Conduct Authority-FCA*) do Reino Unido pola que se aproban unha serie de medidas destinadas a axudar ás empresas que cotizan en bolsa a recadar capital adicional en resposta á crise do coronavirus, ao tempo que conserva un grao axeitado de protección dos investidores, flexibilizando os requisitos regulamentarios exixibles desde o 8 de abril de 2020 ata novo aviso. *Vid. FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis*, News Financial Conduct Authority, 8 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>.

68 Resultaría de interese poder comparar a proposta de revisión presentada pola Comisión co texto finalmente aprobado. Son tamén útiles as informacións sobre os debates suscitados durante a súa aprobación. *Vid. "EU states seek flexibility in recapitalization rules available", mlex Insight Report*, 16 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1180761&siteid=190&rdir=1>. Acerca do proceso de negociación, *vid. WILSON, T. e GNATZI, P., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation", Kluwer Competition Law Blog*, 15 de maio de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>, quen sinala que a Comisión trasladara a súa proposta inicial dunha segunda revisión do MTAE a consulta aos Estados membros que permitía aos gobernos recapitalizar empresas mediante o uso de instrumentos de capital e/ou capital híbrido, así como outorgar préstamos subordinados. Ese texto foi sometido a varias roldas de consultas cos Estados membros e algúns manifestaron que as condicións propostas para as medidas de recapitalización eran demasiado amplas e estritas. Citando a prensa especializada, as emendas propostas pola Comisión suscitaron fortes críticas por parte de Suecia, que considerou que os gobernos nacionais deberían decidir sobre as estratexias de saída para a participación do Estado e que unha saída prematura podería conducir a adquisicións estranxeiras non desexadas de investidores que intentasen beneficiarse da pandemia. Ademais, Suecia argumentou que as restricións de comportamento, como a prohibición de fusións e adquisicións, dificultarían que as empresas se recuperasen da crise. O proceso de consulta tamén tivo lugar nun contexto de

que alcanzar para facer fronte a unha crise aínda potencialmente máis excepcional e grave que a de 2008.

O MTAE establece unha serie de condicións que apuntan á excepcionalidade e temporalidade da intervención pública e precísanse múltiples aspectos. As ditas previsións refírense a: 1) a súa aplicabilidade; 2) as condicións de subvencionabilidade e entrada; 3) tipos de medidas ou instrumentos de recapitalización; 4) importe da recapitalización; 5) remuneración e saída do Estado; 6) regras específicas de gobernanza e prevención dos falseamentos indebidos da competencia e, finalmente, 7) a existencia de estratexia de saída do Estado da participación resultante da recapitalización e obrigas de información.

Cómpre destacar algunhas cuestións previas esenciais, como que as medidas que se regulan son consideradas pola Comisión, de partida, como “axudas estatais”, isto é, reúnen as condicións establecidas no artigo 107.1 TFUE, entre as que está a de que supoña unha vantaxe para o beneficiario. Tratándose de achegas de capital, é de aplicación o agora denominado “principio do operador privado” (OEM)⁶⁹, conforme o cal a vantaxe deriva de que a achega non sería efectuada en termos equivalentes por un operador privado que actuase coa lóxica do mercado⁷⁰. Desde esta perspectiva, precisaríase unha análise previa, que podería excluír o carácter de axuda e, polo tanto, a suxeición ás condicións deste MTAE, as achegas públicas de capital cando este xa estea a participar no capital da empresa ou se trate dunha empresa pública⁷¹.

Estados membros do norte que buscaban relaxar as normas de axuda estatal. Por exemplo, Austria (sen éxito) pediu unha suspensión temporal desta durante a loita contra a COVID-19.

- 69 A primeira versión deste principio foi a de “Principio do Investidor probado nunha economía de mercado” (PIPEM ou MEIP, na súa versión inglesa), sendo aplicado precisamente ás participacións públicas no capital das empresas. Acerca do orixe e evolución do PIPEM, *vid.*, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías n. 24, Santiago de Compostela, 2003. Acceso web: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasnelcapitaldelasempresas.pdf>. A Comisión desenvolve este principio de forma extensa nos puntos 73 a 114 do seu CCAE (DO C 262, do 19 de xullo de 2016, p. 1). Non obstante, esta expresión pódese ler xa na STPI do 8 de xullo de 2005, Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión, asunto T-198/2001, Rec. 2004 p. 11-20202717, na cal se examinaba un caso de aplicación das Directrices comunitarias sobre axudas de Estado de salvamento e de reestruturación de empresas en crise (DO C 368, do 23 de decembro de 1994, p. 12). Este termo é empregado tamén polo Regulamento (UE) n. 1407/2013 da Comisión do 18 de decembro de 2013, relativo á aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas *de minimis* (DO L 352, do 24 de decembro de 2013, p. 11, considerando 13); as Directrices sobre as axudas estatais para promover os investimentos de financiamento de risco (DO C 19, do 22 de xaneiro de 2014, p. 4, apartado 2.1); as Directrices sobre axudas estatais a aeroportos e compañías aéreas (DO C 99, do 4 de abril de 2014, p. 3, apartado 3.4), e a comunicación da Comisión invitando a presentar observacións en aplicación do artigo 108.2 TFUE no asunto Axuda estatal n. SA.33909 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2011/CP) – Suposta axuda a Ryanair e a outras compañías aéreas e posibles axudas aos aeroportos de Xirona e Reus (DO C 120, do 23 de abril de 2014, p. 24).
- 70 Debemos destacar que, malia os receos da Comisión ante esta modalidade de intervención, existen casos en que a Comisión chega á conclusión, tras investigar unha recapitalización controvertida, de que esta non constitúe axuda estatal, mesmo en sectores sensibles como a banca. Podemos citar exemplos recentes como o da Decisión SA.47178 Recapitalización da Caixa Geral de Depósitos, S.A., do 10 de marzo de 2017, ou a máis recente de NordLB, “State aid: Commission concludes that recapitalisation of German NordLB is market conform”, *Press release*, do 5 de decembro de 2019. Acceso web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6684. Noutras ocasións foron os tribunais os que corrixiron a apreciación da Comisión de que a medida contiña axuda estatal, como na STXUE do 3 de abril de 2014, asunto C 224/12 P, Comisión/Reino dos Países Baixos e ING Groep NV (ECLI:EU:C:2014:213), que confirmou en casación a STXUE do 2 de marzo de 2012, Países Baixos e ING Groep/Comisión (T 29/10 e T 33/10; ECLI:EU:T:2012:98), que anulou parcialmente da Decisión 2010/608/CE da Comisión, do 18 de novembro de 2009, relativa á axuda estatal C 10/09 (ex n. 138/09) executada polos Países Baixos para o mecanismo de subscrición de reserva de activos non líquidos e o Plan de reestruturación de ING (DO L 274, do 19 de outubro de 2010, p. 139).
- 71 Respecto da condición de empresa pública, cfr. artigo 2º, letra b) e a Directiva 2006/111/CE da Comisión, do 16 de novembro de 2006, relativa á transparencia das relacións financeiras entre os Estados membros e as empresas públicas,

O MTAE inclúe desde o seu 2RMTAE (con algunhas modificacións introducidas na 4RMTAE) previsións sobre os seguintes aspectos destas medidas: 1. Aplicabilidade; 2. Condicións de subvencionabilidade e entrada do capital público; 3. Tipos de medidas de recapitalización; 4. Importe da recapitalización; 5. Remuneración e saída do Estado; 6. Gobernanza e prevención dos falseamentos indebidos da competencia e; 7. Estratexia de saída e obrigas de información.

A 4RMTAE incorporou tamén como xa anticipamos, unha nova modalidade de axuda compatible; en forma de apoio por custos fixos non cubertos (nova sección 3.12). Os seus condicionantes, de forma sumaria, son os seguintes:

1. A axuda antes do 30 de xuño de 2021 e polos custos fixos non cubertos soportados durante o período comprendido entre o 1 de marzo de 2020 e o 30 de xuño de 2021, incluídos aqueles en que se incorra nunha parte do dito período (“período subvencionable”).

2. Concédese en virtude dun réxime a empresas que sofren unha diminución do volume de negocios durante o período subvencionable de polo menos o 30 % en comparación co mesmo período de 2019.

3. Os ditos custos son os custos fixos soportados polas empresas durante o período subvencionable que non estean cubertos pola contribución aos beneficios (é dicir, os ingresos menos os custos variables) durante o mesmo período e que non estean cubertos por outras fontes, como seguros, medidas de axuda temporal cubertas por esta comunicación ou axudas doutras fontes. A intensidade máxima é o 70 % dos custos fixos non cubertos, agás no caso das microempresas e as pequenas empresas, respecto das que o límite se eleva ao 90 %.

4. A axuda global non será en ningún caso superior aos 3 millóns de euros por empresa, e pode concederse en forma de subvencións directas, garantías e préstamos, sempre que o valor nominal total de tales medidas se manteña por debaixo do citado límite máximo global, aclarándose que “todas as cifras utilizadas constitúen importes brutos, é dicir, antes de calquera dedución fiscal ou doutro tipo”.

5. A axuda “non poderá acumularse con outras axudas polos mesmos custos subvencionables, nin poderá beneficiar empresas que xa estaban en crise o 31 de decembro de 2019 (criterio xeral común), salvo que, como se introduciu na 3RMTAE, se trate de microempresas ou pequenas empresas”.

2.5 O necesario control das medidas autorizadas⁷²

Como corolario das amplas facultades concedidas aos Estados membros, o MTAE establece numerosos instrumentos de control que se suman á previa aprobación dos respectivos plans que a Comisión reserva para si⁷³.

así como á transparencia financeira de determinadas empresas (DO L 318, do 17 de novembro de 2006, p. 17) e a súa correspondente transposición nacional.

72 Estas medidas e as disposicións xerais recóllense en senllas seccións tras a 4RMTAE cos puntos 88 a 96.

73 Boa proba da importancia destas medidas é que a súa redacción foi revisada nas dúas modificacións do MTAE orixinal.

Deste xeito, impónselles aos Estados a dobre obriga de informar 1) ao público (enténdase outros Estados membros e competidores) e 2) á propia Comisión.

Así mesmo, trátase de que a maior información posible sexa de acceso público; por iso, impóñenselles cargas específicas aos Estados membros.

A Comisión, pola súa banda, garante, en estreita cooperación cos Estados membros afectados, a rápida adopción de decisións tras a notificación clara e completa das medidas contempladas nesta Comunicación. Os Estados membros deberán informar a Comisión das súas intencións e notificar os plans para a introdución de tales medidas da forma máis rápida e exhaustiva posible. A Comisión prestará orientación e asistencia aos Estados membros neste proceso.

3 As axudas europeas aos Estados membros: o instrumento de emerxencia único (NGEU) e o Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (MRR)

A magnitude da crise sanitaria e económico-social, especialmente en países como España e Italia, levou a Unión Europea a deseñar instrumentos específicos, que se veñen sumar aos xa existentes, cuxas posibilidades foron aproveitadas en todo o que era posible dado o avanzado da súa execución orzamentaria (período 2014-2020)⁷⁴.

Con esa finalidade, xa a finais de maio de 2020, a Comisión propuxo un paquete a grande escala de medidas (“Plan de recuperación para Europa”⁷⁵) que combinaba o novo marco financeiro plurianual da UE (MFP) para o vindeiro período 2021-2027, por un importe que se fixaba en 1,1 billóns de euros e a creación dun “instrumento de emerxencia único” denominado “Next Generation EU” (NGEU)⁷⁶ por un valor previsto de 750.000 millóns de euros, para axudar aos Estados membros a reducir o impacto socioeconómico da pandemia, recuperarse e retomar a senda do crecemento sustentable.

Tras o apoio político imprescindible, que se obtivo *in extremis* no Consello Europeo do 17-21 de xullo de 2020⁷⁷, estanse a seguir os pasos necesarios para converter o devandito acordo en instrumentos xurídicos reais e eficaces, cuxo alcance final está polo tanto aínda sen precisar definitivamente.

Coas cautelas que exige falar sobre documentos non aprobados definitivamente, o certo é que unha peza esencial do plan impulsado pola Comisión é a creación do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (MRR). Estase a traballar cunha proposta

74 En efecto, con ocasión da crise fondos como os estruturais, os de cohesión ou FEDER foron canalizados aos Estados membros para atender as necesidades máis urxentes, tanto sanitarias como económicas.

75 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es.

76 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe/pillars-next-generation-eu_es.

77 Cfr. Conclusións do Consello Europeo, 17 a 21 de xullo de 2020. Acceso web: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>.

de regulamento⁷⁸ reelaborada pola Comisión e sobre a que se deberán pronunciar os colexisladores (Parlamento Europeo e Consello)⁷⁹.

De acordo coa información dispoñible⁸⁰, a referida proposta intégrase no marco da súa estratexia anual de crecemento sustentable 2021, onde a Comisión estableceu orientacións para aplicar o MRR, confirmando o obxectivo da UE de proseguir unha nova estratexia de crecemento baseada no Pacto Verde Europeo e a sustentabilidade competitiva. Por iso, a Comisión recoméndalles encarecidamente aos Estados membros que inclúan investimentos e reformas en materia ecolóxica e dixital para crear empregos e crecemento sustentables.

3.1 O futuro Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (MRR); a proposta de regulamento

O MRR crearase por medio dun regulamento, cuxa proposta, como xa sinalamos, está en tramitación. Adoptarase ao abeiro das previsións especiais contidas no artigo 175, parágrafo 3 TFUE, conforme o cal, “se se manifestase a necesidade de accións específicas á marxe dos fondos e sen prexuízo das medidas decididas no marco das demais políticas da Unión, o Parlamento Europeo e o Consello poderán adoptar esas accións conforme o procedemento lexislativo ordinario e tras consultar o Comité Económico e Social e o Comité das Rexións”.

Como se sinala no texto da proposta, a creación do MRR “pretende contribuír ao reforzo da cohesión a través de medidas que permitan aos Estados membros afectados recuperarse de xeito máis rápido e sustentable da crise da COVID-19 e adquirir (unha maior) resiliencia”.

A proposta detalla⁸¹ os obxectivos do MRR, o seu financiamento, as modalidades do financiamento da Unión e as normas para a concesión do dito financiamento.

O ámbito de aplicación previsto⁸² inclúe os relacionados coa cohesión económica, social e territorial, as transicións ecolóxica e dixital, a saúde, a competitividade, a resiliencia, a produtividade, a educación e as capacidades, a investigación e a innovación, o crecemento intelixente, sustentable e inclusivo, o emprego e o investimento, e a estabilidade dos sistemas financeiros.

78 Cfr. “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece un Mecanismo de Recuperación e Resiliencia”, Bruxelas, 28 de maio de 2020, COM(2020) 408 final, 2020/0104 (COD). Acceso web: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0408R\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0408R(02)&from=ES).

79 Á hora de redactarse o presente traballo xa se pronunciou o Tribunal de Contas Europeo, no seu Ditame n. 6/2020, do 9 de setembro de 2020. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818> (segundo os artigos 287, apartado 4, e 322, apartado 1, letra a), do TFUE).

80 Entre outras fontes, *vid.* https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es.

81 Por razóns prácticas, non abordaremos algunha das cuestións que inclúe a proposta, como o financiamento e a revisión e control, pois refírense a unha fase posterior. Emporiso, non cabe dúbida de que os criterios de revisión cómpre telos en conta no deseño dos proxectos, cuxa aprobación, como se verá, vén determinada polos criterios que fixe a Comisión Europea.

82 Cfr. artigo 3 PR.

En coherencia co anterior, o seu obxectivo xeral⁸³ é “promover a cohesión económica, social e territorial da Unión, mellorando a resiliencia e a capacidade de axuste dos Estados membros, mitigando as repercusións sociais e económicas da crise e apoiando as transicións ecolóxica e dixital, contribuíndo desta forma a restaurar o potencial de crecemento das economías da Unión, fomentar a creación de emprego tras a crise da COVID-19 e promover o crecemento sustentable”.

Este obxectivo xeral tradúcese na proposta da Comisión no obxectivo específico do MRR, que non é outro que “proporcionar aos Estados membros axuda financeira para que alcancen os obxectivos intermedios e as metas de reforma e investimento establecidos nos seus plans de recuperación e resiliencia. Perseguirase este obxectivo específico en estreita cooperación cos Estados membros en cuestión”.

A Comisión prevé para a súa execución⁸⁴ a xestión directa de conformidade co Regulamento financeiro⁸⁵, e a axuda concedida de conformidade con este sumarase á proporcionada tendo en conta outros fondos e programas da Unión xa existentes. En consecuencia, prevese expresamente que os proxectos de reforma e de investimento poderán recibir axuda doutros programas e instrumentos da Unión sempre que, como é lóxico, esa axuda non cubra o mesmo custo (artigo 8 PR).

Respecto da asignación da contribución financeira, o PR⁸⁶ prevé que durante un período que finalizaría o 31 de decembro de 2022, a Comisión porá á disposición para a súa asignación o importe de 334.950 millóns de euros considerado no artigo 5, apartado 1, letra a). Cada Estado membro poderá presentar solicitudes, ata chegar á contribución financeira máxima prevista no artigo 10, para executar os seus plans de recuperación e resiliencia.

Nun segundo período, que comezaría despois do 31 de decembro de 2022 e ata o 31 de decembro de 2024, “en función da dispoñibilidade de recursos financeiros”, a Comisión poderá organizar convocatorias en consonancia co calendario do Semestre Europeo. Para iso, publicará un calendario indicativo das convocatorias que se vaian organizar nese período e indicará, para cada unha delas, o importe dispoñible para a súa asignación. Cada Estado membro poderá presentar propostas para recibir ata o importe máximo que lle corresponda do importe dispoñible para asignación, tal como se recolle no anexo I, co fin de executar o seu plan de recuperación e resiliencia.

Para tal fin⁸⁷, “ata o 31 de decembro de 2024, a Comisión poderá concederlle ao Estado membro que o solicite axudas en forma de préstamo para a execución dos seus plans de recuperación e resiliencia”. Os Estados membros poderán solicitar un préstamo “cando presenten os plans de recuperación e resiliencia previstos no artigo

83 Cfr. artigo 4 PR.

84 Cfr. artigo 7 PR.

85 O actual Regulamento Financeiro da UE é o Regulamento (UE, Euratom) 2018/1046 do Parlamento Europeo e do Consello, do 18 de xullo de 2018, sobre as normas financeiras aplicables ao orzamento xeral da Unión, polo que se modifican os Regulamentos (UE) n. (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014 e (UE) n. 283/2014 e a Decisión n. 541/2014/UE e polo que se derroga o Regulamento (UE, Euratom) n. 966/2012 PE/13/2018/REV/1 (DO L 193, do 30 de xullo de 2018, p. 1). Acerca da regulación financeira da UE, pode consultarse: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/FinancialProvisionsRegulation.aspx>.

86 Cfr. artigo 11 PR.

87 Cfr. artigo 24 PR

15 ou en calquera outro momento ata o 31 de agosto de 2024, aínda que neste último caso “a solicitude irá acompañada dun plan revisado que inclúa obxectivos intermedios e metas adicionais”.

A Comisión fixa no seu PR⁸⁸ que, en todo caso, nas solicitudes de préstamo se deberán especificar os seguintes puntos:

- a) os motivos para as axudas en forma de préstamo, xustificadas por necesidades financeiras máis elevadas relacionadas con reformas e investimentos adicionais;
- b) as reformas e investimentos adicionais de conformidade co artigo 15;
- c) o custo máis elevado do plan de recuperación e resiliencia de que se trate en comparación co importe da contribución financeira máxima contemplada no artigo 10 ou coa contribución financeira asignada ao plan de recuperación e resiliencia sobre a base do artigo 17, apartado 3, letra b).

Mención especial merecen as previsións que recolle a PR no seu capítulo III aos Plans de recuperación e resiliencia, respecto das condicións para a súa admisibilidade, presentación como anexo ao seu Programa Nacional de Reformas, prevéndose como data límite o 30 de abril de 2021 e exixíndose, como é lóxico, que estea debidamente motivado e xustifico. En concreto, sinálase no artigo 15.3 PR que “deberán figurar nel os seguintes elementos básicos:

- a) unha explicación de como está previsto facer fronte aos retos e prioridades específicos de cada país sinalado no contexto do Semestre Europeo;
- b) unha explicación de como o plan reforzará o potencial de crecemento, a creación de emprego e a resiliencia económica do Estado membro en cuestión, atenuará as repercusións económicas e sociais da crise e contribuirá a mellorar a cohesión e a converxencia económicas, sociais e territoriais;
- c) unha explicación de como está previsto que as medidas do plan contribúan ás transicións ecolóxica e dixital ou a facer fronte aos retos derivados delas;
- d) os obxectivos intermedios e metas previstas, así como un calendario indicativo para a realización das reformas ao longo dun período máximo de catro anos e dos investimentos ao longo dun período máximo de sete anos;
- e) os proxectos de investimento previstos, xunto co correspondente período de investimento;
- f) unha estimación do custo total das reformas e os investimentos incluídos no plan de recuperación e resiliencia (denominado tamén custo total estimado do plan de recuperación e resiliencia»), avalada por unha xustificación axeitada e unha explicación da súa proporcionalidade respecto das repercusións previstas na economía e o emprego;
- g) cando proceda, información sobre financiamento da Unión existente ou prevista;
- h) as medidas de acompañamento que poidan ser necesarias;
- i) unha xustificación da coherencia do plan de recuperación e resiliencia;
- j) as disposicións tomadas polo Estado membro de que se trate para a execución efectiva do plan de recuperación e resiliencia, incluídos os obxectivos intermedios e as metas propostas e os correspondentes indicadores;

88 Cfr. artigo 24.3 PR.

k) cando proceda, a solicitude de axudas en forma de préstamo e os obxectivos intermedios adicionais considerados no artigo 12, apartados 2 e 3, cos seus elementos; e l) calquera outra información pertinente.

A Comisión reserva para si⁸⁹, lógicamente ao noso entender, a potestade de avaliar os plans nacionais de recuperación e resiliencia “en estreita cooperación co Estado membro de que se trate”, ao que poderá formular observacións ou solicitar información adicional, sendo igualmente relevante a previsión de que, á hora de avaliálo e de determinar o importe que se lle asignará ao Estado membro de que se trate, a Comisión “terá en conta a información analítica sobre ese Estado membro que estea dispoñible no contexto do Semestre Europeo, así como a xustificación e os elementos facilitados polo Estado membro en cuestión que se recollen no artigo 15, apartado 3, e calquera outra información pertinente e, en concreto, a incluída no seu Programa Nacional de Reformas e no Plan Nacional de Enerxía e clima e, se procede, información sobre o apoio técnico que se recibise a través do Instrumento de Apoio Técnico”.

Ata o momento de redactarse este traballo só é público o informe emitido polo Tribunal de Contas Europeo (TCE)⁹⁰. Das súas observacións destacaremos unicamente como a institución subliña⁹¹ o feito de que o MRR se executaría en paralelo a outros programas no marco do instrumento NGEU⁹², o financiamento do Banco Europeo de Investimentos e do Mecanismo Europeo de Estabilidade para empresas e Estados membros, e o Programa temporal de compras de emerxencia fronte á pandemia do BCE. Para o TCE, ese cofinanciamento implica que o futuro MRR se suma a outras iniciativas das demais institucións europeas que se manteñen en funcionamento.

Destácase así mesmo⁹³ que, ao ser os seus obxectivos moi xerais e abranger unha ampla gama de ámbitos de actuación, “non todos estes obxectivos poden abordarse na mesma medida, e a consecución dalgúns obxectivos pode ir en detrimento doutros (por exemplo, cohesión económica fronte a transición ecolóxica). Por outra banda, non existe unha cuantificación dos resultados previstos a escala da UE nin da asignación de fondos a diferentes obxectivos, o que podería reducir a eficiencia do MRR.

Sobre a vinculación do MRR con obxectivos de alto nivel da UE, como a recuperación sustentable e a converxencia económica e social, así como co Pacto Verde Europeo e a transformación dixital, considera o TCE que a dita conexión “podería reforzarse aínda máis na práctica mediante, por exemplo, indicadores comúns obrigatorios”, o que reduciría o risco dunha conexión débil entre os obxectivos intermedios e as metas establecidos nos plans de recuperación e resiliencia (PRR) individuais e os obxectivos máis xerais a escala do MRR ou mesmo a escala da UE.

89 Cfr. artigo 17 PR.

90 Cfr. Ditame n. 6/2020, do 9 de setembro de 2020. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818>.

91 Cfr. Punto 04, do ditame.

92 O TCE cita expresamente: os fondos estruturais e de cohesión e as propostas modificadas para o FEIE e InvestEU) e outros instrumentos da UE relacionados coa resposta á COVID-19 (por exemplo, o Instrumento Europeo de Apoio Temporal para Atenuar os Riscos de Desemprego nunha Emerxencia (SURE).

93 Cfr. puntos 09 a 12.

Finalmente, debemos destacar que o TCE apunta, non obstante, o “risco de dobre financiamento e competencia entre distintos programas”, porque, como destaca, “o sistema cubrirá proxectos que poden potencialmente acollerse a axudas no marco doutros ámbitos de actuación, como a cohesión, o transporte, a enerxía e a investigación”, polo que considera esencial a existencia de “mecanismos de coordinación eficaces entre os distintos programas e instrumentos da Unión para garantir, entre outras cousas, a complementariedade, a coherencia e a estreita cooperación para alcanzar os obxectivos establecidos, polo que acolle con satisfacción a intención da Comisión de desenvolver estes mecanismos en consulta cos Estados membros.

4 O decisivo papel das administracións públicas para deseñar axudas estatais e proxectos europeos de forma eficiente

Ninguén discute hoxe que as axudas públicas son un instrumento lexítimo de política económica. No caso da Unión Europea, persiste aínda un potencial conflito de intereses entre as axudas outorgadas polos Estados membros e as que son financiadas ou outorgadas directamente polas propias institucións europeas, pois en realidade as primeiras perseguen esencialmente preservar os respectivos intereses nacionais, mentres que as segundas se dirixen a un máis difuso interese xeral da Unión Europea no seu conxunto. É nesta complexa e delicada dialéctica en que se desenvolve o labor que desempeña a Comisión Europea e, de maneira singular, a Dirección Xeral da Competencia (DXCOMP, basicamente, xunto a outras DX de carácter sectorial).

Pero esta realidade de fondo non é nin moito menos o máis relevante en materia de axudas públicas, como esta crise pon en clara evidencia, senón que o seu outorgamento responda a xenuíños criterios económicos baseados nos principios de transparencia, eficacia e eficiencia, entre outros, como o de legalidade, que imprescindiblemente deben ser tidos en conta tanto pola UE como por cada un dos Estados membros.

Esta premisa sitúanos nunha cuestión clave non sempre abordada con claridade: máis alá da dispoñibilidade orzamentaria e de que a medida resulte autorizable, cando é preciso, pola Unión Europea, calquera decisión sobre outorgamento de axudas públicas (europeas ou nacionais) debe respectar as regras básicas de calquera actuación dos poderes públicos, teña ou non carácter normativo. Trátase, en definitiva, dos que a nosa Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas⁹⁴, denomina “Principios de boa regulación”, á lectura dos cales nos remitimos, pois, *mutatis mutandis*, poden e deben ser aplicables ao outorgamento de calquera axuda pública.

Por iso, e aínda que o principio de libre competencia non apareza citado no devandito precepto, a libre competencia está garantida cando a actuación administrativa se axusta a eses principios. A garantía do funcionamento competitivo dos mercados

94 BOE n. 236, do 2 de outubro de 2015.

é, en consecuencia, un obxectivo básico xeral e de xeito singular do outorgamento de axudas públicas.

Desde esta perspectiva, é preciso destacar o importante papel que poden e deben desempeñar as autoridades de competencia nacionais (e, no noso caso, tamén autonómicas), xunto cos xuíces e tribunais cuxa competencia na materia é igualmente relevante, aínda que pouco coñecida⁹⁵.

No caso de España, porén, o papel das autoridades de competencia é limitado, aínda que pode ser relevante⁹⁶. Resulta evidente que tanto o deseño das axudas estatais ao abeiro do MTAE como o deseño de proxectos que poidan acollerse ao amparo do MRR fórmúlalles ás administracións o reto de asignar o máis eficientemente posible os recursos dispoñibles e os que poidan obterse do financiamento europeo, e facelo coa menor distorsión da competencia posible.

Para iso, é preciso recoñecer que as axudas tanto de Estado como aos Estados son, como xa sinalamos, un instrumento de política económica do que tradicionalmente viñeron facendo uso os poderes públicos, cuxa existencia non só é lexítima, senón en moitas ocasións –como a que vivimos na actualidade– necesaria.

Coa finalidade de garantir a máxima eficiencia económica no seu eventual outorgamento, diversas institucións expuxeron metodoloxías axeitadas á especial natureza deste instrumento de política económica. Entre nós, ademais dos impulsados pola Comisión Europea⁹⁷, debemos destacar os esforzos da xa desaparecida Comisión Nacional da Competencia (CNC) e a súa sucesora, a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC), que se plasmaron non só nos seus informes anuais en materia de axudas públicas, conforme o disposto no artigo 11 LDC⁹⁸, senón a través de informes específicos, entre os que merece destacarse o Informe da CNMC identificado como PRO/CNMC/001/2016. Trátase dun documento metodolóxico para a avaliación de axudas públicas, publicado o 9 de xuño de 2016⁹⁹, en que se expoñen os criterios básicos, máis desenvolvidos que os esbozados de forma sinxela e práctica en 2008

95 A este respecto, *vid.* comunicación da Comisión – Cara a unha aplicación efectiva das decisións da Comisión polas que se ordena aos Estados membros que recuperen as axudas estatais ilegais e incompatibles (DO C 272, do 15 de novembro de 2007, p. 4) e comunicación da Comisión relativa á aplicación da normativa sobre axudas estatais polos órganos xurisdiccionais nacionais (DO C 85, do 9 de abril de 2009, p. 1) e as reflexións contidas en VELASCO DE PEDRO, L.A., *et al.* (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

96 Cfr. artigo 11 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia e os seus equivalentes autonómicos.

97 Referímonos, entre outros documentos, á comunicación da Comisión “Plan de acción de axudas estatais”, que baixo o expresivo subtítulo “Menos axudas estatais cuns obxectivos mellor definidos: programa de traballo para a reforma das axudas estatais 2005-2009” [Bruxelas, 7 de xuño de 2005, COM(2005) 107 final] ofrecía unhas primeiras indicacións metodolóxicas sobre a avaliación das axudas estatais, impulsando o que denominaba “enfoque económico readaptado”, co fin de asegurar «unha avaliación correcta e máis transparente dos falseamentos da competencia e do comercio asociados coas medidas de axuda estatal (...)» (punto 22) e as contidas no xa aludido Plan de Modernización de 2012, ás que faremos referencia máis adiante.

98 Segue sendo válida a análise exhaustiva que deste precepto da LDC fai ARPIO SANTACRUZ, J.L., “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 351 a 378.

99 Acceso web: <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>.

pola CNC no seu Primeiro informe anual tanto para a avaliación *ex ante* como *ex post* das axudas públicas¹⁰⁰.

No Primeiro informe anual sobre axudas públicas 2008, apuntábase xa que o outorgamento de axudas públicas unicamente atopa a súa xustificación na existencia dun “fallo de mercado”¹⁰¹ ou dun obxectivo de interese xeral que se trata de incentivar a través deste instrumento. Non obstante, a súa simple presenza ou invocación só actúa como “condición necesaria pero non suficiente” para xustificar o seu outorgamento. Así, afirmábase expresamente que, “cando existe un fallo de mercado, a asignación de recursos resultante pode xerar ineficiencias que unha axuda pública pode tratar de corrixir. Por iso o instrumento de axuda debe expor expresa e precisamente cal é o problema que pretende solucionar”.

En ausencia de verdadeiros fallos de mercado, o outorgamento de axudas públicas pode atopar tamén xustificación, como xa anticipamos, na consecución doutros obxectivos públicos de interese común, para cuxa consecución as administracións públicas poden querer intervir nos mercados, co obxectivo de alcanzar resultados ou asignacións que se consideran máis “equitativos” e cuxas potenciais consecuencias negativas sobre a eficiencia na asignación dos recursos públicos atoparía xustificación nos seus efectos “distributivos”.

É neste contexto onde o coñecido como «test de eficiencia» adquire un papel especialmente relevante. Este primeiro informe ofrecía xa unha sinxela metodoloxía que se baseaba na resposta a tres interrogantes que o organismo público que deseñase unha axuda pública debía responder previamente ao seu outorgamento. Nestes casos cómpre desenvolver un verdadeiro “test de eficiencia”, debendo sopesarse axeitadamente que “as vantaxes derivadas do interese común que se persegue deben demostrarse inequivocamente superiores ao prexuízo no funcionamento eficiente dos mercados que con frecuencia implica”.

Este test baseábase na resposta a tres interrogantes, aparentemente simples, que o organismo público que deseña unha axuda pública debe responder previamente ao seu outorgamento:

1. Está a medida dirixida a un obxectivo de interese común ben definido?
2. Resulta pertinente conseguir este obxectivo de interese común mediante unha axuda pública? En tal caso, está a axuda ben concibida para conseguir ese obxectivo?, subdividida en tres cuestións adicionais:
 - i. É a axuda estatal un instrumento político apropiado?
 - ii. Hai un efecto de incentivo ou, noutras palabras, cambia a axuda o comportamento das empresas ou dos investidores?

100 A Comisión Nacional da Competencia (hoxe Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia ou CNMC) expúxoo xa no seu Primeiro Informe Anual sobre Axudas Públicas 2020 (p. 22).

101 Para estes efectos, expuña a CNC que se consideran fallos de mercado a existencia de externalidades negativas ou positivas –dentro das que se poden incluír os bens públicos– e a información asimétrica. Por externalidade enténdese “o beneficio (externalidade positiva) ou custo (externalidade negativa) que imponen as accións dun operador a terceiros que non participan na actividade ou transacción en cuestión”. Pola súa banda, un “ben público” é aquel “cuxo consumo por un axente non exclúe do seu consumo outros axentes nin reduce a súa cantidade dispoñible. Por iso, a provisión dun ben público xera unha externalidade positiva sobre a colectividade. Pola súa vez, a información asimétrica preséntase cando os axentes participantes nunha transacción posúen distinta información sobre as variables relevantes na toma de decisións, tales como os prezos, cantidades ou outras condicións comerciais”.

iii. É a medida de axuda proporcionada ou, noutras palabras, podería o mesmo cambio de comportamento obterse con menos axuda?

3. Os falseamentos da competencia e o efecto sobre o comercio son limitados de xeito que o equilibrio xeral sexa positivo?

Esta análise foi substituída, como recorda a CNMC¹⁰², polo que denomina a Comisión Europea –e recolle a CNMC– a aplicación duns “principios comúns”;

- i. Contribución a un obxectivo ben definido de interese xeral.
- ii. Necesidade de intervención estatal (fallos de mercado, por exemplo).
- iii. Adecuación do instrumento.
- iv. Efecto incentivador.
- v. Proporcionalidade (a axuda debe estar limitada ao mínimo necesario).
- vi. Non efectos negativos innecesarios sobre competencia ou mercado interior.
- vii. Transparencia.

Non cabe dúbida, non obstante, de que, mesmo desde esta rigorosa perspectiva de eficiencia económica na actual situación de pandemia e as súas inevitables consecuencias económicas, máis que de “fallo de mercado”, podería falarse realmente de que “non existe mercado” ou que, polo menos, o mercado está a reaccionar ante unha situación tan anómala que as regras ordinarias do seu funcionamento se volveron, en moitos casos e respecto de determinados sectores, inaplicables, ben porque parou a produción ou prestación de servizos en condicións normais ou porque determinados sectores se atopan ante un incremento exponencial da demanda que lles outorga un poder inimaxinable noutras circunstancias. Por iso, o MTAE, e aí está un dos seus acertos, articula medidas específicas dirixidas a obxectivos moi precisos: garantir a liquidez das empresas viables, estimular a I+D ligada á pandemia, atender necesidades sociais e laborais causadas directamente polas medidas adoptadas para a loita contra esta (de xeito singular os confinamentos e as limitacións de auditorio e presenza de traballadores (e a subsistencia financeira das empresas viables que ven minguado o seu capital para facer fronte a perdas).

No caso das axudas europeas aos Estados, salvo que cofinancien axudas outorgadas polos Estados, a perspectiva non debería ser moi diferente.

Existe unha dispoñibilidade de recursos cuxa asignación, dentro dos límites asignados aos potenciais Estados beneficiarios, está condicionada á presentación de proxectos concretos que respondan aos obxectivos do fondo ou mecanismo correspondente, de xeito singular.

O MRR, tal como sinalamos, responde precisamente a ese obxectivo: impulsar a recuperación económica e estimular obxectivos específicos de interese europeo. Por iso, a eficiencia sitúase primordialmente, e como sucede coas demais axudas públicas, no deseño axeitado de proxectos viables que poidan financiarse con cargo aos fondos postos á disposición pola UE (MRR), elixindo entre eles aqueles cuxos efectos sexan máis positivos tanto desde a perspectiva do Estado (ou, no caso de España, da comunidade autónoma que os presente e mellor satisfagan o obxectivo impulsado pola UE).

102 Cfr. CNMC, *Informe Anual sobre las Ayudas Públicas en España*, 2016 (IAP/CNMC/001/2016), p. 7.

A lóxica exige presentar tantos proxectos como a asignación de recursos prevista faga posible, tendo en conta, porén, non tanto esgotar os ditos fondos como asignalos eficientemente e valorando os seus efectos positivos para a economía directamente beneficiada (no noso caso, España) e o conxunto da UE.

O feito de que os proxectos teñan que ser avaliados pola propia UE supón xa un parámetro de referencia á hora de deseñar os proxectos e cuantificar o seu importe, valorando a súa incidencia real no ámbito territorial no cal o proxecto se vaia desenvolver.

Desde esa perspectiva, a avaliación das axudas estatais proposta pola CNC e a CNMC pode ser de utilidade ao achegar elementos de valoración adicionais pero necesarios.

5 Reflexión final

Non cabe dúbida –aínda que a miúdo se esqueza– de que a arte da política se basea na realización de eleccións acertadas. Nos sistemas democráticos os cidadáns elixen os políticos para que estes, investidos da potestade do mandato recibido, fagan eleccións; é dicir, elixan que decisións tomar, en que momento e como tomalas. En época de pandemia, a situación non só é a mesma, senón que as condicións das eleccións que é necesario realizar se fan máis extremas e as súas consecuencias, máis graves. Cando se opta por unha medida e se lle asignan fondos públicos, é preciso recordar que esa elección afecta a outras; para iso baste recordar como numerosos manuais de economía definen esta disciplina: a “ciencia da escaseza”, xa que se sostén que esta se ocupa de como se asignan uns recursos que por definición son limitados para uns fins que poden ser ilimitados. Este é, sen dúbida, un momento decisivo en que se teñen que tomar decisións a curto prazo, pero tamén e, sobre todo, a medio e longo prazo. Todos nos xogamos moito, pois está en xogo non só o noso presente, senón tamén o noso futuro.

Bibliografía

- ARPIO SANTACRUZ, J.L., “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, Beneyto Pérez, J.M. e Maílo González-Orús, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009.
- BUENDÍA SIERRA, J.L., “Comisión Europea, competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, *Webinar – Asociación Española de Defensa de la Competencia*, 24 de abril de 2020. Acceso web: <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>.
- CNMC, *Informe Anual sobre las Ayudas Públicas en España*, 2016.
- EUROPEAN COMMISSION, SA.57035, *COVID-19 Support to R&D projects, testing –infrastructures and production of COVID 19 related products*, State Aid Cases, Portugal, abril de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57035.
- EUROPEAN COMMISSION, SA.57082, *COVID-19 Cadre temporaire 107(3)(b). Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France*, State Aid Cases, France, mayo de

2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082.
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis*, News Financial Conduct Authority, 8 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>.
- LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, *State Aid Uncovered*, 27 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.lexxion.eu/stateaidpost/identification-of-undertakings-in-difficulty/>.
- NICOLAIDES, Ph., “Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines”, *State Aid Uncovered*, 7 de xullo de 2020. Acceso web: <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/>.
- NICOLAIDES, Ph., “The Concept of SME, Indirect Control by Public Bodies and New Problems for Public Universities and Research Organisations”, *State Aid Uncovered*, 3 de novembro de 2020. Acceso web: https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/the-concept-of-sme-indirect-control-by-public-bodies-and-new-problems-for-public-universities-and-research-organisations/?utm_source=NL&utm_medium.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías n. 24, Santiago de Compostela, 2003. Acceso web: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicaseneleapialdelasempresas.pdf>.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 117, xaneiro-marzo, 2010.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas a la banca y crisis financiera en España”, *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá-Colombia, 2020.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control”, *Anuario de la Competencia 2020*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2020 (en prensa).

- RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- URRACA CAVIEDES, C., “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017.
- VELASCO DE PEDRO, L.A., *et al.* (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- WILSON, T. e GNATZI, P., “COVID-19 and EU State aid recapitalisation”, *Kluwer Competition Law Blog*, 15 de maio de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>.
- WILSON, T., GNATZY, P. e CRANLEY, S., “The EC’s third amendment to the State aid Temporary Framework”, *Kluwer Competition Law Blog*, 7 de xullo de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>.

Regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 125-145
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4631>
© Fernanda Paula Oliveira
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 09/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

La ordenación del territorio
y los retos que plantean las
áreas de baja densidad de
población: breves notas sobre
la realidad portuguesa

O ordenamento do territorio e os desafíos colocados pelas áreas de baixa densidade: breves anotações sobre a realidade portuguesa

Spatial planning and the
challenges posed by low
population density areas: brief
notes on the Portuguese reality

60 Regap

Regap



ESTUDOS

FERNANDA PAULA OLIVEIRA

Professora Associada da Faculdade de Direito, Instituto Jurídico
Universidade de Coimbra
<https://orcid.org/0000-0001-8021-7020>
fpaula@fd.uc.pt

Resumo: A correção de desequilíbrios territoriais é um dos principais objetivos das políticas de ordenamento do território e do urbanismo. Com o presente texto pretende dar-se a conhecer alguns programas que neste domínio têm sido aprovados em Portugal com vista a garantir a coesão territorial e a valorização das áreas de baixa densidade.

Palavras chave: ordenamento do território, urbanismo, coesão territorial, baixa densidade, valorização do interior.

Resumen: La corrección de los desequilibrios territoriales es uno de los principales objetivos de las políticas de ordenación del territorio y de la actividad urbanística. Con este texto se pretende dar a conocer algunos programas que en este campo han sido aprobados en Portugal con el fin de garantizar la cohesión territorial y la puesta en valor de zonas de baja densidad de población.

Palabras clave: Ordenación del territorio, urbanismo, cohesión territorial, baja densidad de población, valorización del interior.

Abstract: The correction of territorial imbalances is one of the main objectives of land use and urban planning policies. With this text we intend to present some programs approved in Portugal to guarantee territorial cohesion and to value rural areas in socioeconomic decline.

Key words: Spatial planning, urban planning, territorial cohesion, low density population, valorization of rural areas.

SUMÁRIO: 1 O ordenamento do território. 2 Problemas territoriais em Portugal. 3 As políticas de ordenamento do território e de urbanismo no combate aos desequilíbrios (e injustiças) territoriais. 4 Alguns programas que, em Portugal, visam a correção de desequilíbrios territoriais. 5 Notas complementares. 6 Conclusão.

1 O ordenamento do território

O ordenamento do território pode ser perspectivado como a aplicação ao solo de todas as políticas públicas, designadamente económico-sociais, urbanísticas e ambientais, surgindo indissociavelmente ligado ao objeto *espaço* e à sua *valia*: enquanto política pública, o ordenamento do território não visa apenas a ordenação do espaço e das atividades já instaladas e das que nele se pretendem instalar, mas também a valorização dos territórios tendo em consideração as necessidades, por vezes antagónicas, de desenvolvimento económico e de equilíbrio ou coesão territorial.

Estes aspetos acentuam o carácter complexo desta atuação pública, que, para além do mais, perceciona os problemas numa *dimensão prospetiva*, considerando a localização das atividades não tal como está, mas como deverá ficar após a intervenção dos mecanismos adequados. Por este motivo, esta política pública encontra-se fortemente aberta ao fator *tempo*, procedendo a uma conjugação (desejavelmente ótima) entre este e o *espaço*.

Para além das características da *transversalidade* (ou apetência coordenadora) e da *antecipação* (ou carácter prospetivo) do ordenamento do território, ele deve ainda ser visto como uma forma de *atuação global*, não apenas por ter como referência uma consideração *integrada* do território nacional – que se pretende equilibrado através da potenciação das vantagens relativas de cada região e da diminuição das suas desvantagens –, mas igualmente de territórios pertencentes a vários Estados que necessitam de uma consideração conjunta.

Desdobrando-se o território –objeto precípua desta disciplina– numa componente *física ou espacial* (de ordenamento do espaço) e numa componente *económica* (de desenvolvimento económico), o ordenamento do território conjuga-as de forma harmoniosa, encarando a política económica na sua faceta de política de desenvolvimento regional e social.

Em suma, o ordenamento do território corresponde a uma política pública que perspetiva o território de uma forma ampla, traduzindo uma visão *global* dos problemas que as implantações territoriais e as atividades humanas determinam no território. Corresponde, assim, a uma política preocupada com a *espacialização das várias*

atividades humanas, numa perspetiva de *desenvolvimento económico, social e ambiental*, visando, para além do mais, a articulação e a coordenação das *várias políticas setoriais*.

Ou seja, corresponde a uma função pública *horizontal* que condiciona (deve condicionar) as *funções públicas setoriais*, com a finalidade de *corrigir os desequilíbrios territoriais* e os problemas e *desigualdades existentes no território* de modo a evita-las, combate-las, minimiza-las ou corrija-las, por forma a tornar compatíveis os interesses públicos do desenvolvimento económico e da melhoria da qualidade de vida das populações¹.

2 Problemas territoriais em Portugal

Uma correta perceção das questões do ordenamento do território em Portugal, pressupõe que se tenha em consideração aqueles que se consideram ser os seus elementos de estabilidade e os seus fatores de instabilidade.

No primeiro grupo integram-se *o território* (com as fronteiras do país há séculos estabilizadas, se bem que em articulação constante com as fronteiras decorrentes dos tratados da União Europeia); a *rede urbana* e ainda os *municípios* enquanto elemento da organização e gestão do território. No segundo grupo encontram-se a *população* (com taxas de crescimento muito baixas) e os *níveis supramunicipais da gestão do território*.

Para além destes fatores, deve ainda ter-se presente a situação urbanística dos últimos anos (não resolvida, mas antes potenciada pelos instrumentos de planeamento territorial que foram sendo elaborados). Tal situação é caracterizada pelo: (a) reforço da litoralização (e abandono do interior) bem como da aceleração do processo de urbanização; (b) abandono e degradação dos centros históricos, com a deslocação da população para periferias subequipadas e desqualificadas; (c) urbanização indisciplinada e com tendências dispersivas (densidade populacional elevada fora de alguns perímetros urbanos), com um alargamento sobredimensionado e irrealista desses mesmos perímetros; (d) aumento do número de fogos devolutos e degradados dentro dos perímetros urbanos dos grandes centros e o seu congestionamento durante o dia; (e) irracional ocupação dos solos, fruto de iniciativas privadas que surgem desgarradas, sem articulação e carentes de movimentos associativistas e de parcerias público-privadas de relevo, consistindo quase sempre em licenciamentos isolados; (f) deficiências e insuficiências nas infraestruturas urbanas e nos equipamentos e espaços públicos; (g) frequente e indesejável segregação social do espaço; (h) perda de identidade de algumas periferias urbanas e, em situações mais flagrantes, também dos centros urbanos; (i) deficiente fiscalidade urbanística, favorecendo a tendência para a especulação imobiliária; (j) ausência de uma política dos solos eficaz e justa; e (k) marginalização de extensas áreas rurais, seu abandono, envelhecimento e despovoamento bem como perda das suas características tradicionais².

1 Para mais desenvolvimentos sobre a noção e o âmbito do direito do ordenamento do território, cfr. ALVES CORREIA, F., *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4ª ed, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 72 e ss.; OLIVEIRA, F.P., *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 3ª ed., revista e ampliada, AEDREL, Braga, 2018, pp. 11 e ss.

2 Cfr. OLIVEIRA, F.P., "Ponto da situação em matéria de planeamento do território: avaliação geral do processo de planeamento e suas perspetivas", *O Direito e a Cooperação Ibérica II*, II Ciclo de Conferências, Centro de Estudos Ibéricos, 2006.

A esta situação, o primeiro Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT) aprovado em 2007 (Lei n. 58/2007, de 4 de setembro, retificada pelas Declarações de Retificação n. 80-A/2007, de 7 de setembro e n. 103-A/2007, de 23 de novembro) acrescentou, identificando-os, 24 problemas para o ordenamento do território em Portugal, organizando-os em seis grandes núcleos problemáticos: recursos naturais e gestão de riscos (1); desenvolvimento urbano (2); transportes, energia e alterações climáticas (3); competitividade dos territórios (4); infraestruturas e serviços coletivos (5) e cultura cívica, planeamento e gestão territorial (6).

No que aqui interessa, refira-se com particular relevo o objetivo do *desenvolvimento urbano* (2), a propósito do qual se suscitaram as problemáticas da expansão desordenada das áreas metropolitanas e de outras áreas urbanas e o *despovoamento e a fragilização demográfica e socioeconómica* de vastas áreas, em especial as do interior do país.

Grande parte destes problemas causam injustiças, desde logo, a injustiça de se viver num determinado território, o que decorre, precisamente, da existência de fortes desequilíbrios territoriais que se verificam no território português: (i) um interior despovoado, envelhecido e empobrecido; (ii) duas grandes áreas metropolitanas desenvolvidas e (iii) cidades de pequena dimensão pouco atrativas.

3 As políticas de ordenamento do território e de urbanismo no combate aos desequilíbrios (e injustiças) territoriais

De acordo com o artigo 81 da Constituição da República Portuguesa, incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

“d) Promover a coesão económica e social de todo o território nacional, orientando o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os setores e regiões e eliminando progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior;

e) Promover a correção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional ou internacional”.

Ora, as políticas de ordenamento do território e de urbanismo [que em Portugal obtêm um tratamento global e integrado na Lei de Bases das Políticas Públicas dos Solos, do Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei n. 31/2014, de 14 de maio)] têm, precisamente, uma importante palavra a dizer a este propósito.

Releva, desde logo, o facto de esta Lei determinar (artigo 2) serem fins destas políticas públicas, entre outros: o desenvolvimento sustentável, a competitividade económica territorial e a criação de emprego [b)]; o reforço da coesão nacional [c)]; a correção das assimetrias regionais, nomeadamente dos territórios de baixa densidade [c)]; a organização do território de modo a conter a expansão urbana e a edificação

dispersa [c]); a garantia da igualdade de oportunidades dos cidadãos no acesso às infraestruturas, equipamentos, serviços e funções urbanas, em especial aos equipamentos e serviços que promovam o apoio à família, à terceira idade e à inclusão social [c]); o aumento da resiliência do território aos efeitos decorrentes de fenómenos climáticos extremos [d]); a racionalização, reabilitação e modernização dos centros urbanos, dos aglomerados rurais e da coerência dos sistemas em que se inserem” [g]); a dinamização das potencialidades das áreas agrícolas, florestais e silvo-pastoris [l]).

Realça-se ainda a enunciação, por esta Lei, dos princípios da política de ordenamento do território e de urbanismo (artigo 3) de entre os quais se realça: o princípio da equidade territorial que é garantido por via da “*coordenação e compatibilização das diversas políticas públicas com incidência territorial com as políticas de desenvolvimento económico e social, assegurando uma adequada ponderação dos interesses públicos e privados*”. [alínea d)]; o princípio da solidariedade intra e inter geracional, assegurando às gerações presentes e futuras qualidade de vida e um equilibrado desenvolvimento socioeconómico [alínea a)].

Ainda de acordo com esta Lei (artigo 37), são objetivos da gestão territorial: a melhoria das condições de vida e de trabalho das populações [alínea a)]; a correta distribuição e localização no território das atividades económicas, das funções de habitação, de trabalho, de cultura e de lazer [alínea b)]; a criação de oportunidades diversificadas de emprego como meio para a fixação das populações, particularmente nas áreas menos desenvolvidas [alínea c)]; a adequação de níveis de densidade urbana, impedindo a degradação da qualidade de vida, bem como o desequilíbrio da organização económica e social [alínea e)]; a rentabilização de infraestruturas, evitando a extensão desnecessária das redes e dos perímetros urbanos e racionalizando o aproveitamento das áreas intersticiais [alínea f)]; a reabilitação e a revitalização dos centros históricos e dos elementos do património cultural classificados, bem como do respetivo parque habitacional em detrimento de nova construção [alínea h)]; a promoção da acessibilidade de todos os cidadãos aos edifícios, bem como aos espaços públicos e de uso coletivo [alínea i)].

Na sequência e em desenvolvimento desta Lei de Bases, o legislador prevê um conjunto de instrumentos que permitem concretizar os fins e os princípios anteriormente referidos, designadamente, os instrumentos de gestão territorial (isto é, os planos territoriais), que se apresentam como instrumentos de *promoção da coesão territorial* e *da coesão social*, integrando regras e critérios de localização das atividades humanas e de classificação dos solos e atendendo e ponderando os problemas territoriais (designadamente das áreas de baixa densidade populacional e os riscos territoriais, coincidindo estes, frequentemente com os locais onde têm assentamento as pessoas mais vulneráveis).

Também os fundos municipais (utilizados para várias finalidades, incluindo a remuneração pelos serviços do ecossistema), as transferências de edificabilidade (utilizadas para várias finalidades) as operações de estruturação da propriedade (designadamente para reduzir ou eliminar os inconvenientes socioeconómicos da fragmentação e da dispersão da propriedade) bem como as medidas fiscais são enunciadas pela

legislação portuguesa como instrumentos que podem ser utilizados para a correção dos desequilíbrios territoriais e, desta forma, fazer face a problemas vários incluindo, o do despovoamento de amplas áreas do território nacional (áreas deprimidas ou áreas de baixa densidade), localizadas essencialmente no interior do país.

4 Alguns programas que, em Portugal, visam a correção de desequilíbrios territoriais

i. Em matéria de políticas de coesão territorial (designadamente de correção de desequilíbrios territoriais) os documentos da União Europeia traçam as grandes linhas orientadoras e designam as prioridades da intervenção. Porém, a conversão desses desígnios políticos em medidas concretas é uma tarefa que compete a cada país assumir.

Em Portugal, a tarefa de concretização do princípio da coesão territorial foi sendo adiada. Isto sem prejuízo de terem sido aprovados alguns instrumentos de orientação estratégica – onde se incluíam o Programa Nacional de Desenvolvimento Rural (PENDR 2007–2013), os Planos Regionais de Ordenamento do Território (2007–2011), o Quadro de Referência Estratégico Nacional – Portugal 2007–2013 e a Estratégia Nacional de Desenvolvimento Sustentável (ENDS 2015) –, que tinham entre si pontos comuns no que concerne à promoção do desenvolvimento territorial, designadamente: (i) a promoção de ligações em rede e organização policêntrica do território; (ii) a equidade no acesso a Serviços de Interesse Geral e (iii) a aposta na governança territorial, na ótica de articulação de atores e políticas.

Porém, a inexistência de medidas políticas concretas de intervenção que tenham permitido a operacionalização do princípio de Coesão Territorial foi uma constante.

De qualquer modo, não só o princípio da Coesão Territorial integra hoje a expressão política das prioridades nacionais no que concerne à promoção de um desenvolvimento harmonioso do espaço e de ultrapassagem das condições de sistemático desfavorecimento que alguns territórios ainda enfrentam, como gradualmente se foram reconhecendo os principais pilares da sua promoção: coesão económica e social, policentrismo, sustentabilidade ambiental e modelos adequados de cooperação/governança multiníveis.

ii. O relevo da coesão territorial levou, precisamente, o Governo a aprovar, em 2016, o *Programa de Nacional para a Coesão Territorial* (Resolução do Conselho de Ministros n. 72/2016).

O cenário exposto no Diagnóstico do Programa Nacional para a Coesão Territorial, que corresponde ao Diagnóstico sobre o país e a interioridade, aponta para um agravamento das condições de desfavorecimento enfrentadas por “cerca de 2/3 do território nacional”, acentuando-se o despovoamento, envelhecimento e empobrecimento dessas regiões, numa “trajetória insustentável” que urge ser contrariada. Como afirma Alcides Monteiro, o entendimento de “interior” é o de um território que partilha uma característica demográfica comum, a da baixa densidade populacional. E que, associada a esta, revela outros aspetos que configuram um “ciclo vicioso”: outros traços demográficos (forte emigração e envelhecimento), económicos (escassez e fraca

diversidade de atividades económicas, elevada taxa de desemprego), urbanos (insuficiente dimensão da maioria dos seus centros urbanos), institucionais (reduzido leque de entidades com atribuições e competências de proximidade) e relacionais (fracas redes de parcerias e deficientes taxas de participação e envolvimento da população). A situação descrita corresponderá a 165 municípios identificados, num total de 278 que compõem o território continental³.

O referido Programa Nacional para a Coesão Territorial teve alguns antecedentes. Refira-se, a título de exemplo, o *Projeto ASAS – Aldeias Sustentáveis e Ativas* que, entre 2011 e 2013, centrou o seu olhar sobre as comunidades rurais isoladas que constituem parte fundamental da ocupação demográfica do Interior de Portugal, aquele ao qual se destina o Programa Nacional da Coesão Territorial.

O contacto com os territórios/aldeias e sobretudo com quem *vive o rural das mais diversas formas* permitiu a recolha de contributos para a definição de propostas de linhas políticas de atuação que estimulem a promoção de aldeias sustentáveis. Por exemplo, resultou deste projeto um *Programa Mínimo de Revitalização de Aldeia* (Animar/ADCM/ICE, 2013) que elegia quatro recomendações: 1) o estímulo à iniciativa da sociedade civil, elemento vital da dinâmica destes territórios, que o Estado Central (ou desconcentrado) deve deixar de encarar como mediadora das suas políticas mas como sujeitos ativos de processos de transformação; 2) a necessidade de os municípios se assumirem não como autores, mas fundamentalmente como recursos dos atores individuais e coletivos que promovem o desenvolvimento local; 3) a necessidade de que a recapitalização do mundo rural, face à sua sucessiva descapitalização, se faça não pela mera canalização de investimento mas pela revalorização do local; 4) a orientação dos financiamentos de apoio ao desenvolvimento local para intervenções multisectoriais, combinando ações materiais com outras dirigidas à animação de processos e à qualificação de pessoas e organizações e à inovação social, contemplando um plano de governança que considere as escalas territoriais de intervenção diferenciadas e viabilizem intervenções plurianuais sujeitas a avaliação periódica.

iii. Voltando ao Programa de Nacional para a Coesão Territorial, o mesmo é composto por três peças principais: a primeira integra 164 medidas nas várias áreas de governação destinadas a abrir uma nova etapa no desenvolvimento dos territórios do interior, contrariando a tendência de despovoamento, de abandono e de envelhecimento a que estes territórios têm estado particularmente sujeitos nas últimas décadas; a segunda define uma *Agenda para o Interior* e a terceira providencia uma leitura atualizada do “Interior em Números”, ou seja, as bases para um diagnóstico sobre o país e a interioridade.

Pretendeu o Governo, com este Programa, afirmar pela positiva o interior do país com vista a criar condições favoráveis à fixação de pessoas e a assegurar uma nova vitalidade e uma prosperidade sustentável nesses territórios, impondo políticas públicas setoriais orientadas para este fim; promovendo e valorizando os recursos endógenos

3 Cfr. MONTEIRO, A.A., “Territórios do interior, coesão territorial e modelos de governança: A propósito do Programa Nacional para a Coesão Territorial”, *Sociologia On Line*, n. 19, junho 2019, pp. 127-151. Disponível em: <https://revista.aps.pt/pt/territorios-do-interior-coesao-territorial-e-modelos-de-governanca-a-proposito-do-programa-nacional-para-a-coesao-territorial/> (Consultado em 24 de outubro de 2020).

aí existentes; identificando e estimulando projetos estruturantes; alinhando competências e investimentos; apostando no desenvolvimento económico inteligente e no reforço das atividades em rede.

Com este Programa estabeleceram-se vários eixos estratégicos vocacionados para interior, a saber:

a) Um interior + Coeso

Visa-se, com este eixo, construir sistemas capazes de promover a inclusão social e a equidade através de uma maior igualdade de competências territoriais, promovendo uma melhor articulação entre a oferta de serviços urbanos e rurais e propondo novos serviços em rede que valorizem visões intersectoriais e interescolares, tendo em vista a qualidade de vida.

Para o seu cumprimento foram previstas várias medidas emblemáticas, como, a título de exemplo, a criação de incentivos à colocação de trabalhadores médicos em zonas carenciadas; o reforço da valorização do ensino politécnico e da sua ligação ao tecido económico, social e cultural; a proximidade das Forças de Segurança Pública; a organização judiciária (reativação de tribunais encerrados), a deslocalização de serviços do Ministério da Agricultura e Ambiente para essas áreas e a georreferenciação de prédios rústicos (cadastro simplificado).

b) Um interior + Competitivo

Pretende-se, com este eixo, alargar as capacidades de desenvolvimento dos territórios do interior, potenciando novas estratégias de valorização dos seus recursos, ativos e agentes, assim como a geração de maiores níveis de atratividade, afirmando e consolidando uma nova competitividade.

São medidas integradas neste eixo: o Programa de Dinamização Turística das Aldeias Portuguesas; Estímulos ao Emprego; Valorização do Turismo Rural; Rede de Apoio ao empreendedorismo; Incentivos à criação ou expansão / modernização de micro e pequenas empresas existentes; abertura de avisos específicos para Territórios do Interior - Portugal 2020; Rede de Escolas Superiores Agrárias e INIAV; Rede de Experimentação Agroindustrial; Programa de Dinamização Económica da Diáspora / Diáspora Promove; Benefícios fiscais em sede de IRC.

c) Um interior + Sustentável

O objetivo que se pretende alcançar com âmbito neste eixo é o de potenciar a diversidade geográfica, integrando a paisagem, os recursos endógenos, o património natural e cultural do interior em prol de uma maior sustentabilidade, valorizando os espaços de montanha, de fronteira e os territórios mais periféricos.

São medidas / instrumentos emblemáticos destinados à concretização deste eixo: as Políticas públicas na fruição das Áreas Protegidas; os Planos Regionais de Ordenamento Florestal; a Valorização do Capital Territorial, a Redes de Museus, Teatros, Cineteatros Municipais, Arquivos, Bibliotecas e Cineclubes, a Rede de investigação em ecossistemas de montanha Interior.

d) Um interior + Conectado

Pretende-se com este eixo reforçar a conectividade dos territórios do interior, facilitando a sua inserção em espaços mais alargados, por forma a potenciar os

relacionamentos entre as bases produtivas litoral-interior, de fronteira e com a diáspora, gerando, assim, novas formas de articulação e de organização para a coesão, a competitividade e a sustentabilidade.

Com vista à concretização deste eixo apontam-se as seguintes medidas emblemáticas: a cobertura de banda larga móvel em mais 1000 freguesias (Aldeias 4G Sustentáveis), a Plataforma Nacional para a Cooperação Transfronteiriça - PROVERE Transfronteiriços, (tendo como elo agregador os rios Minho, Douro, Tejo e Guadiana, assim como as Serras transfronteiriças do Gerês, Montesinho, Malcata e São Mamede), as Cimeiras Regionais Transfronteiriças, o Plano Estratégico de Acessibilidades de Proximidade, Plano Ferrovia 2020.

e) Um interior + Colaborativo

Este eixo destina-se a promover a transversalidade da atuação interministerial, valorizando as lideranças locais e a capacitação institucional, difundindo plataformas de diálogo e de cocriação, de experimentação e implementação de políticas, em prol de processos inovadores de governança territorial.

Para a sua concretização prevê-se a ativação de redes de cooperação para a inovação no interior (Administração, Conhecimento, Empresas e Sociedade Civil) e a Avaliação e Monitorização das Políticas Públicas nos Territórios do Interior.

Para além destes eixos, a Agenda para o Interior que integrava Programa Nacional para a Coesão Territorial, previa oito iniciativas / agendas interministeriais e interinstitucionais, organizadas em torno de desafios e questões estruturantes que se colocam ao desenvolvimento dos territórios do interior, a saber: (1) Envelhecimento com Qualidade; (2) Inovação da Base Económica; (3) Capital Territorial; (4) Cooperação Transfronteiriça; (5) Relação Rural-Urbana; (6) Acessibilidade Digital; (7) Atratividade Territorial; e (8) Abordagens, Redes e Participação.

Refira-se que no âmbito deste Programa, o Governo, pela Resolução do Conselho de Ministros n. 3/2016, de 14 de janeiro, incumbiu a *Unidade de Missão para a Valorização do Interior* (UMVI) de criar, implementar e supervisionar a sua concretização bem como promover medidas de desenvolvimento do território do interior de natureza interministerial.

iv. Após um ano e meio de implementação, em junho de 2018, aquela Unidade de Missão procedeu a uma avaliação e balanço globais da execução das medidas constantes do Programa Nacional para a Coesão Territorial, dos quais resultaram a reorganização e a recalendarização de medidas em curso e de medidas por iniciar, bem como o aditamento de novas medidas, adequando-as aos novos desafios e contextos socioeconómicos e acolhendo contributos da sociedade civil, em particular do *Movimento pelo Interior*. A partir dessa altura o Programa Nacional para a Coesão Territorial passa a designar-se *Programa de Valorização do Interior* (Resolução do Conselho de Ministros n. 116/2018, de 6 de setembro).

Em termos muito sumários este “novo” programa assenta em três grandes opções estratégicas:

a) Atração de investimento que crie emprego e que permita fixar populações.

Regap



ESTUDOS

Para se contrariarem as tendências de abandono do território e envelhecimento, considera-se necessário, neste Programa, assegurar saldos migratórios positivos, o que exige a retenção da população ativa e a atração de novos residentes.

Por seu turno, o esforço da atração de investimento exige contrariar as tendências naturais do mercado, por isso se aposta: (i) na criação de programas específicos especialmente vocacionados para a criação de emprego, que permitam assegurar o apoio exclusivo a investimentos destinados aos territórios do interior; (ii) na implementação de programas específicos no setor do turismo; (iii) na valorização dos recursos endógenos, através da aposta na investigação científica e no trabalho entre as empresas e as instituições de ensino superior do interior; (iv) na criação de competitividade fiscal dos territórios de baixa densidade, particularmente vinculada ao investimento e à criação de emprego; e (vi) na compensação dos custos de contexto para as atividades empresariais, através da redução das portagens para as atividades empresariais e de transporte de mercadorias.

Reconhece-se, ao mesmo tempo, a diversidade dos territórios do interior, que inclui realidades tão diversas como a existência de regiões com dinâmicas próprias e estabilização ou mesmo crescimento demográfico (em especial as capitais de distrito e as cidades dotadas de instituições do ensino superior) e de regiões especialmente frágeis do ponto de vista demográfico e económico

b) Valorização do capital natural e da manutenção da paisagem.

De acordo com o Programa para a Valorização do Interior, a nova realidade demográfica não pode conduzir ao abandono do território rural (cujas consequências estiveram à vista com as tragédias dos fogos florestais de 2017 e que poderia levar a uma degradação irreversível da qualidade ambiental do país num momento em que se enfrenta a ameaça irreversível das alterações climáticas). Por isso se aposta, no que concerne à gestão do território, na valorização dos recursos endógenos ou nos apoios à pequena agricultura. Também se aposta no reforço das estruturas do Estado em matéria de gestão do território rural, com o reforço da Autoridade Nacional Florestal (o Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, I. P.), e sua presença desconcentrada nesses territórios.

c) Promoção da equidade no acesso aos serviços públicos pela população dos territórios de baixa densidade.

Esta opção estratégica tem na sua base uma melhor articulação entre a oferta de serviços urbanos e rurais e uma distribuição mais justa e equitativa dos recursos e das oportunidades no território. Embora se venham acentuando tendências de concentração da população nos maiores centros urbanos do interior, particularmente nas capitais de distrito, o Governos reconhece, neste programa, que continuam a existir aglomerados dispersos, com população cada vez mais escassa e envelhecida que carece de atenção especial.

Em concretização destas opções estratégicas são previstas no Programa de Valorização do Interior mais de 60 medidas, designadamente: (i) reforço dos mecanismos de transferência de serviços públicos para o interior; (ii) localização no interior de estruturas operacionais, de formação e de comando de forças e serviços

de segurança e proteção civil; (iii) incentivos à mobilidade geográfica, em particular de funcionários públicos; (iv) redução do Imposto sobre Pessoas Coletivas (IRC) em função dos postos de trabalho criados com conexão e territórios do interior; (v) reforço dos benefícios fiscais ao investimento no Interior; (vi) Programa de Captação de Investimentos para o Interior, materializado num conjunto de apoios e incentivos, incluindo uma Linha de Apoio Específica para o Interior para Projetos Empresariais de Interesse Estratégico; (vii) alargamento da penetração do ensino superior e garantia a redistribuição regional de vagas no ensino superior público.

v. Em 2020 foi aprovada uma nova Resolução do Conselho de Ministros – a Resolução do Conselho de Ministros n. 18/2020, de 27 de março – que reavaliou as medidas do Programa de Valorização do Interior no sentido de selecionar ações específicas nos territórios do interior com impacto significativo nesses mesmos territórios e incorporar novas iniciativas, nomeadamente soluções orientadas para dinâmicas de maior proximidade, programas de financiamento com dotação específica e critérios adaptados ao interior, bem como projetos territorializados construídos em rede e dirigidos ao aumento da competitividade.

Nos termos desta nova Resolução do Conselho de Ministros, as iniciativas incluídas na revisão daquele programa passam a organizar-se pelos seguintes eixos prioritários, numa lógica de transversalidade e de concretização:

Eixo 1: Valorizar os Recursos Endógenos e a Capacidade Empresarial do Interior.

Eixo 2: Promover a Cooperação Transfronteiriça para Internacionalização de Bens e Serviços.

Eixo 3: Captar Investimento e fixar Pessoas no Interior.

Eixo 4: Tornar os Territórios do Interior mais competitivos.

Conforme se explicita no preâmbulo desta Resolução do Conselho de Ministros

“os pressupostos da revisão do PVI enquadram-se nos desafios estratégicos do Programa do Governo e do atual ciclo político, em convergência com os desígnios atuais da União Europeia: combater as alterações climáticas, responder ao desafio demográfico, construir a sociedade digital e reduzir as desigualdades. (...).

Para isso, as políticas orientadas pelo reconhecimento das vantagens insubstituíveis de uma imigração regulada e integrada, nas suas múltiplas variantes de atração, regulamentação e integração, bem como as políticas de incentivo ao regresso a Portugal de portugueses e de lusodescendentes, apostando nos recursos humanos e nos talentos da diáspora qualificada, são hoje essenciais para o desenvolvimento e sustentabilidade do país”.

Para a concretização dos eixos prioritários referidos, o Conselho de Ministros aprovou um conjunto de medidas que procuram, precisamente, assegurar a sustentabilidade e valorização dos territórios do interior através do aproveitamento do seu potencial endógeno, da fixação de pessoas e da afirmação das regiões transfronteiriças.

No que respeita a medidas que promovem a *fixação de pessoas nestes territórios*, foram aprovados:



– O Decreto-Lei n. 40/2020, de 17 de julho, que cria um *Programa de Incentivos à Fixação de Trabalhadores do Estado no Interior*, abrangendo tanto incentivos de natureza pecuniária como outros aspetos relacionados com a prestação de trabalho. Procura-se, por esta via, reforçar os estímulos à mobilidade geográfica no mercado de trabalho e adotar políticas ativas de repovoamento dos territórios de baixa densidade populacional.

– O *Programa “Trabalhar no Interior”*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n. 16/2020, de 27 de março, iniciativa que tem como objetivo apoiar e incentivar a mobilidade geográfica de trabalhadores para os territórios do Interior. O Programa integra a medida “Emprego Interior MAIS”, que consiste num apoio financeiro até 4.827 euros para os trabalhadores que passem a residir e prestar trabalho num território do interior, passível de majoração em função da dimensão do agregado familiar que com ele se desloque a título permanente, e uma comparticipação dos custos associados ao transporte de bens. Prevê-se, ainda, incentivos e apoios ao nível de estágios profissionais e de contratação por parte de empresas. O Programa beneficia igualmente da medida de apoio ao regresso de emigrantes, prevista num outro Programa, intitulado “Regressar”, que passará a contemplar uma majoração de 25% face aos apoios já concedidos. Para facilitar a mudança, é ainda aprovada a medida “Habitar no Interior”, para o desenvolvimento de redes de apoio locais e regionais para a divulgação e implementação do “Chave na Mão”⁴, e de outros instrumentos nacionais de política habitacional ao dispor dos municípios e que incentiva projetos-piloto municipais com vista à melhoria do acesso à habitação e das condições de vida das populações.

No âmbito do *reforço da sustentabilidade e valorização do interior* foi aprovado:

– O desenvolvimento dos *Programas + CO3SO Conhecimento e + CO3SO Digital*, de valorização dos territórios do interior. Visando a criação de condições para o desenvolvimento social e económico dos territórios, com promoção de emprego qualificado e inovação e transferência de tecnologia, estes programas preveem o lançamento de avisos com orçamentos dedicados ao interior do país, adaptados às necessidades específicas destes territórios.

– O *Programa de mobilidade de estudantes “Conhecer Portugal”* (Resolução do Conselho de Ministros n. 14/2020, de 27 de março), destinado a apoiar a realização de estágios e atividades de I&D sobre as regiões portuguesas de menor densidade populacional de Portugal, incluindo as regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

– O lançamento do *Programa Internacional de Investigação sobre Montesinho*, (Resolução do Conselho de Ministros n. 15/2020, de 27 de março), orientado para atividades de investigação e desenvolvimento que promovam a relevância internacional do Parque Natural do Montesinho, e a criação do Observatório de Montesinho no complexo de infraestruturas da Lama Grande do Parque Natural de Montesinho, afetando os imóveis ao Fundo Revive Natureza. O objetivo deste programa é promover

4 Trata-se de um Programa de Mobilidade Habitacional que permite que as famílias residentes em territórios de forte pressão urbana, que queiram mudar a sua residência para territórios de baixa densidade, disponibilizem as suas habitações no arrendamento acessível.

a monitorização dos elementos ambientais relevantes para estudar as dinâmicas dos ecossistemas do Montesinho face às alterações climáticas, de promoção de educação ambiental e de apoio ao turismo científico e de natureza associado aos ecossistemas do Montesinho.

Têm estado ainda a ser discutidas outras iniciativas tendo em vista melhorar a qualidade de vida nos territórios do interior, reforçar a mobilidade das pessoas e promover a competitividade e desenvolvimento económico e social. É o caso da *Estratégia para a Coesão Territorial*, com a qual se pretende dar mais coerência às políticas regionais e às políticas setoriais que têm impacto territorial, visando ainda clarificar a política de cidades, atribuindo funções claras aos grandes polos metropolitanos, às cidades médias, aos pequenos polos e dinamizando a relação territorial e funcional rural/urbano. É o caso, também, da *Estratégia Comum de Desenvolvimento Transfronteiriço*, com vista a promover relações de cooperação fortes e estáveis nas zonas de fronteira entre Portugal e Espanha, onde se tem registado uma diminuição da densidade populacional e um menor desenvolvimento económico, impulsionando o progresso económico, social, ambiental e territorial.

Pretende-se, com esta estratégia, melhorar a mobilidade transfronteiriça; garantir infraestruturas e conectividade territorial; promover a gestão conjunta de serviços básicos nas áreas de educação, saúde, serviços sociais, proteção civil ou outros; impulsionar o desenvolvimento económico e a inovação territorial; melhorar o ambiente, valorizar os centros urbanos e dinamizar atividades culturais.

iv. Refira-se, a terminar este nosso breve percurso, que os programas acabados de referir estão alinhados com o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT), que constitui o instrumento cimeiro do Sistema de Gestão Territorial, definindo as opções estratégicas de desenvolvimento e estabelecendo o modelo de organização do território nacional. Nesse sentido, o PNPOT representa o quadro de referência para os demais programas e planos territoriais e é o instrumento orientador das estratégias setoriais com incidência territorial.

O primeiro PNPOT foi aprovado pela Lei n. 58/2007, de 4 de setembro e teve um período de vigência entre 2007 e 2013. Uma nova versão do PNPOT foi aprovada pela Lei n. 99/2019, de 5 de setembro (com um período de vigência previsto até 2030), que teve na sua base um processo de avaliação do PNPOT anterior, com vista a identificar os objetivos daquele que não tivessem sido cumpridos.

Na fase de discussão e preparação da revisão PNPOT foi lançado um inquérito respondido por quase 7.300 indivíduos; na perceção destes, quase nenhum dos problemas identificados se resolveu tendo, pelo contrário, muitos desses problemas sofrido um agravamento. De entre aqueles que se agravaram conta-se a degradação do solo com riscos de desertificação, o despovoamento do interior e a urbanização desordenada⁵. Considerando que o ordenamento do território deve servir de suporte e contribuir para as grandes opções estratégicas definidas para o desenvolvimento do País, numa ótica de coesão e equidade territorial, a nova versão do PNPOT identifica quatro problemas

5 DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, Diagnóstico*, 2018. Disponível em: http://pnpot.dgterritorio.gov.pt/sites/default/files/PNPOT_Diagnostico_6Julho2018.pdf

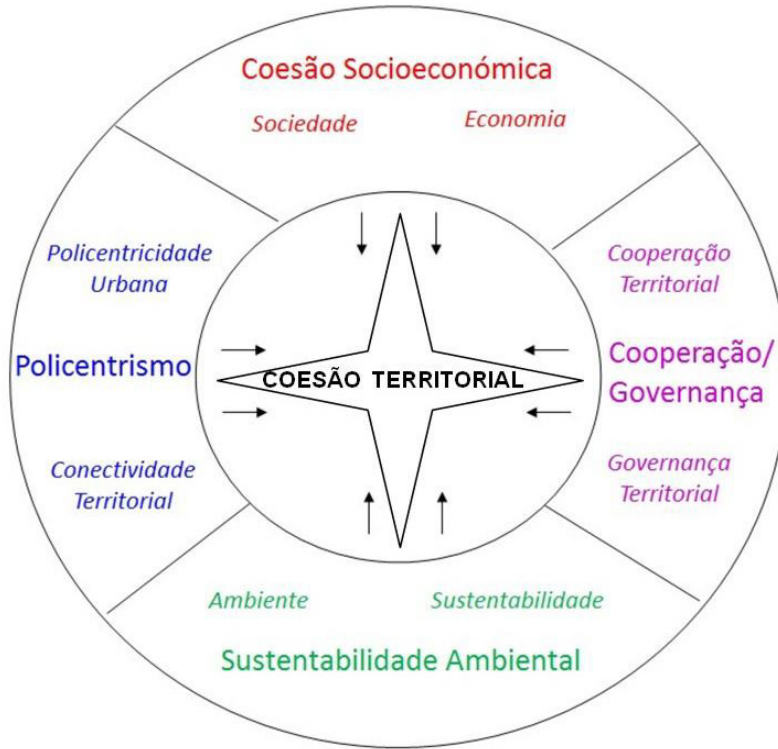
fundamentais – as alterações climáticas, os problemas demográficos, as revoluções tecnológicas e a economia – e estabelece cinco desafios territoriais estratégicos nos vários níveis de planeamento (nos termos do quadro e da figura reproduzida⁶): gerir os recursos naturais de forma sustentável; promover um sistema urbano policêntrico; promover a inclusão e valorizar a diversidade territorial; reforçar a conectividade interna e externa; e promover a governança territorial.

Tabela 1. Principais desafios territoriais – PNPOT 2.0

Desafios	Componentes
D1 - Gerir os recursos naturais de forma sustentável	1.1. Valorizar o capital natural 1.2. Promover a eficiência do metabolismo regional e urbano 1.3. Aumentar a resiliência socio-económica
D2 – Promover um sistema urbano policêntrico	2.1. Afirmar as metrópoles e as principais cidades como motores de internacionalização 2.2. Reforçar a cooperação interurbana e rural-urbana como factor de coesão 2.3. Promover a qualidade urbana
D3 – Promover a inclusão e valorizar a diversidade territorial	3.1. Aumentar a atractividade populacional, a inclusão social, e reforçar o acesso aos serviços de interesse geral 3.2. Dinamizar os potenciais locais e regionais e o desenvolvimento rural face à dinâmica de globalização 3.3. Promover o desenvolvimento transfronteiriço
D4 – Reforçar a conectividade interna e externa	4.1. Optimizar as infraestruturas ambientais e a conectividade ecológica 4.2. Reforçar e integrar redes de acessibilidades e de mobilidade 4.3. Dinamizar as redes digitais
D5 – Promover a governança territorial	5.1. Reforçar a cooperação intersectorial e multinível 5.2. Promover redes colaborativas de base territorial 5.3. Aumentar a Cultura Territorial

Fonte: Direção-Geral do Território, *Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, Diagnóstico*, 2018 (adaptado).

6 MEDEIROS, E., "O PNPOT 1.0 vs 2.0. Uma visão crítica da estratégia e modelo territorial", *Public Policy, Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.

Figura 1. A estrela da coesão territorial

Fonte: Medeiros, E., "Is there a rise of the territorial dimension in EU Cohesion policy", *Finisterra*, n. 103, 2016 (adaptado).

Para o efeito, o PNPOT assume 10 compromissos para o território, a saber: (1) robustecer os sistemas territoriais em função das suas centralidades; (2) atrair novos residentes e gerir a evolução demográfica; (3) adaptar território e gerar resiliência; (4) descarbonizar acelerando a transição energética e material; (5) remunerar os serviços prestados pelo capital natural; (6) alargar a base económica territorial com mais conhecimento, inovação e capacitação; (7) incentivar os processos colaborativos para reforçar uma cultura do território; (8) integrar nos Instrumentos de Gestão Territorial (*rectius* planos territoriais) novas abordagens para a sustentabilidade; (9) garantir a diminuição da exposição a riscos nos instrumentos de planeamento do território; e (10) reforçar a eficiência territorial nos planos territoriais.

Entre os desafios presentes no PNPOT encontra-se a necessidade de enfrentar a *perda demográfica*, dinamizando *políticas ativas para o desenvolvimento rural*, dando enquadramento os programas destinados à valorização do interior e ao combate ao seu despovoamento e envelhecimento.

Regap



ESTUDOS

5 Notas complementares

No que respeita aos territórios de baixa densidade, não se prevê, Portugal, que ocorram nos próximos 20/30 anos alterações de fundo. O que exige que se saiba lidar com essa situação.

Tal não significa que territórios de baixa densidade sejam territórios abandonados, devendo ser adotadas para os mesmos estratégias que garantam que as populações que aí habitam tenham acesso a serviços, equipamentos e infraestruturas que, devidamente dimensionadas, garantam a sua qualidade de vida e, em última instância, a justiça territorial (ou a não discriminação destas populações por residirem nestes territórios).

Estas preocupações, como vimos nas páginas precedentes, têm estado presentes em Portugal, tendo levado, inclusive, o atual Governo a criar de uma nova área de governação (um novo Ministério): a Coesão Territorial.

É também prova dessa crescente preocupação a aprovação, nos últimos anos, de Programas que nos quais problemas *demográficos* e do *interior* (territórios de baixa densidade) têm estado fortemente presentes, como se deu nota nas páginas precedentes deste texto. O que é demonstrativo da sua presença na agenda política.

A consciência da existência destes problemas e o esforço para lhes dar resposta é, efetivamente, uma realidade. Falta saber se as medidas que vêm sendo adotadas são suficientes para lhes dar uma resposta adequada.

Consideramos que para o efeito é necessário que se adotem igualmente medidas que visem superar um dos maiores problemas existentes em Portugal que pode ter repercussões negativas em matéria de coesão territorial e da adoção de políticas vocacionadas para as áreas de baixa densidade: a *ausência de uma cultura de cooperação* e de *uma cultura do território*.

O próprio PNPOT, na sua primeira versão, admitia a “*ausência de uma cultura cívica valorizadora do ordenamento do território*”, que se traduziu num dos objetivos específicos no Programa Ação: “*Promover a participação cívica e institucional nos processos de ordenamento e desenvolvimento territorial*”.

Esta ausência de cultura territorial, porém, manteve-se ou agravou-se mesmo, tendo o próprio Relatório de Avaliação do Programa de Ação do primeiro PNPOT recomendado que se investisse “*numa estrutura de governança permanente que assegure a adequada cooperação institucional e mantenha a atualidade e o agenciamento vertical e horizontal das opções estratégicas de base territorial do PNPOT nas políticas públicas com incidência territorial*”⁷ de forma a assegurar, ao longo do processo de implementação, os níveis de envolvimento e compromisso necessários dos sectores da administração pública e a articulação entre os diversos níveis administrativos contribuindo para o fortalecimento de uma perspectiva dinâmica da gestão territorial, feita da construção

7 DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Avaliação do Programa de Ação 2007-2013 – Relatório*, p. 315.

e consolidação de consensos e compromissos e da sedimentação da confiança entre os seus agentes públicos⁸.

Como resposta, o PNPOT, na sua versão de 2019, propõe como medida específica, dentro do Desafio da Governança Territorial, “*Medida 5.2. Ativar o conhecimento e uma nova cultura territorial*”. Na sua Estratégia e no Modelo Territorial, inserido no “*Desafio 5.3. Aumentar a Cultura Territorial*” o PNPOT revisto em 2019 determina, precisamente, a necessidade de uma “*nova cultura de território*” e uma “*nova cultura de ordenamento do território*”, que, neste último caso, “*passa por um reforço das competências técnicas e relacionais, uma maior capacitação institucional, numa maior aposta na governação colaborativa e na governança territorial e nas próprias práticas de planeamento e de monitorização e avaliação*”.

A propósito da necessidade de “*ativar a cultura territorial*”, o PNPOT de 2019 propõe como objetivos a valorização do território, a capacitação e mobilização dos cidadãos e das instituições; a melhoria do processo de participação cívica no acompanhamento dos instrumentos de gestão territorial e o envolvimento das comunidades locais. A este propósito, na sua Agenda para o Território, o PNPOT afirma que:

“No futuro, a dimensão territorial das políticas pode ser reforçada por incentivos à cooperação, por intervenções dirigidas às áreas funcionais ou às áreas transfronteiriças ou às regiões, reforçando a cooperação territorial. Devem ser desenvolvidas novas soluções de governança que envolvam as autoridades públicas e os privados de forma a enfrentarem de forma partilhada os desafios do ordenamento do território. Assim, reforçar as capacidades dos agentes nacionais, locais e regionais para participarem em atividades de cooperação territorial é crucial”.

E afirma, ainda que:

“a nova cultura de território centra-se no papel da educação (informação, conhecimento, valores, comportamentos) na importância das campanhas de sensibilização e consciencialização e no papel da comunicação social”.

Refira-se, ainda, a par do reforço da cultura do território, a importância do reforço da *cooperação transfronteiriça*, tendo em conta o facto de Portugal fazer parte da Comunidade Europeia e integrar um mundo crescentemente globalizado. Por este motivo, as dimensões internacional, transnacional e inter-regional devem ser consideradas quando se pensa o território, especialmente quando considerando a cooperação territorial.

Note-se, a este propósito, que o objetivo de Cooperação Territorial Europeia prevê três tipos de cooperação: cooperação transfronteiriça, cooperação transnacional e cooperação inter-regional⁹. Para além destas existem ainda, no contexto europeu, outras formas de cooperação, como por exemplo, eurocidades e gemações de cidades de diferentes países; macro-regiões.

8 Idem, p. 302.

9 PIRES, I. e LANGE, E., “O PNPOT e os processos de cooperação territorial em Portugal”, *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.

O PNPOT, em termos da cooperação territorial europeia, menciona apenas a cooperação transfronteiriça:

“será dada prioridade, visibilidade e notoriedade política à cooperação transfronteiriça para o desenvolvimento”, e esta será alargada a novos domínios, “como as estratégias de especialização inteligente conjuntas, a articulação entre a investigação científica, o ensino superior e as empresas, as novas tecnologias, a internacionalização, a preservação e valorização dos recursos comuns, a gestão e regeneração urbana, os serviços de proximidade, os transportes e a educação, entre outros”.

A cooperação transfronteiriça em Portugal tem aumentado em número de iniciativas, projetos, entidades, financiamento e redes de colaboração. Porém, apesar do esforço de quase 30 anos de investimento no desenvolvimento da fronteira através da cooperação transfronteiriça, as suas regiões continuam a ser as menos desenvolvidas, tanto no caso de Portugal como de Espanha, nas quais permanecem um conjunto de desafios, nomeadamente relacionado com o seu despovoamento, que colocam várias preocupações para o futuro¹⁰.

Refira-se ainda a atenção que tem sido dada recentemente a duas figuras de cooperação transfronteiriça que, pela forma como têm sido acolhidas no território português, representam um esforço para dar um novo impulso a esta forma de cooperação territorial¹¹.

A primeira é o Agrupamento Europeu de Cooperação Territorial (AECT), que é mencionado no PNPOT, na Medida 5.7 do Programa de Ação que procura aprofundar a cooperação transfronteiriça e dinamizar as Eurocidades. O PNPOT revisto em 2019 dá, efetivamente, bastante destaque à Eurocidade, que é mencionada que é definida na referida Medida 5.7 como:

“um conjunto de cidades que se encontram na proximidade da fronteira, com uma reduzida distância entre si, de média e pequena dimensão, pertencentes a países distintos, e estruturadas em função de marcos jurídicos e institucionais de cooperação transfronteiriça da UE. São aglomerações com uma gestão mais integrada e com importantes relações de complementaridade, visando o desenvolvimento conjunto do território (económico, empresarial, atividades, logísticas, potencial humano, turismo, social e cultural e urbano), envolvendo a gestão partilhada de infraestruturas e equipamentos (saúde, desporto, segurança social e cultura)”.

10 Cfr. LANGE, E., *A cooperação transfronteiriça como oportunidade de desenvolvimento para as regiões de fronteira. Da Raia Ibérica à Euroregião Galiza-Norte de Portugal*, Tese de Doutoramento de Geografia Humana, Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Braga, 2015; e SOEIRO, J.S. e BELTRÁN, C., *Uma fronteira que nos une – uma fronteira de desenvolvimento. Balanço da cooperação transfronteiriça Espanha-Portugal 2000-2014*, Rede Ibérica de Entidades Transfronteiriças, Vigo, 2016.

11 LANGE, E., “Espessura Institucional Transfronteiriça: da Raia Ibérica à Galiza Norte de Portugal”, *Geopolítica(s). Revista de estudos sobre espaço y poder*, vol. 8, n. 2, 2017, pp. 51-89, e LANGE, E. e PIRES, I., “The role and rise of European cross-border entities”, Medeiros, E. (ed.) *European Territorial Cooperation. Theoretical and Empirical Approaches to the Process and Impact of Cross-Border and Transnational Cooperation in Europe*, Springer, New York, 2018, pp. 135-149.

A primeira eurocidade a ser criada institucionalmente entre Portugal e Espanha, foi a “Eurocidade da Água”, entre Chaves–Verín, em 2007¹². Para além desta, Portugal tem mais três eurocidades constituídas: Valença–Tuí, Elvas–Campo Maior–Badajoz, e Vila Real de Santo António–Castro Marim–Ayamonte. Estas quatro eurocidades são mencionadas no PNPOT de 2019, como oportunidades para *inverter “tendências regressivas em termos demográficos, económico, sociais e territoriais”*.

Comparando com a sua primeira versão, o PNPOT de 2019 dá um maior destaque à dimensão territorial, tanto ao nível do conceito de coesão territorial como da cooperação territorial. Inicia a sua Estratégia e Modelo Territorial comentando os baixos níveis da coesão territorial na Europa, e estabelece 6 princípios territoriais (que informam os 5 Desafios Territoriais que orientam a Estratégia) com base no conceito de Coesão Territorial. Destes princípios, procurando a ligação entre a coesão e cooperação, realçam-se os seguintes:

- *“Governança Territorial como motor de articulação institucional e reforço da subsidiariedade, através da cooperação vertical entre diferentes níveis governamentais, da cooperação horizontal entre distintos atores...”*;
- *“Solidariedade e a Equidade Territorial como forma de promover a discriminação positiva dos territórios e reduzir as disparidades geográficas...”*; e
- *“Incentivar as Abordagens Territoriais Integradas enquanto instrumentos de potenciação dos ativos locais e regionais e de capacitação institucional a diferentes níveis territoriais, desenvolvendo estratégias, políticas e intervenções de coordenação e de cooperação para a coesão”*.

Também no Programa de Ação, a “cooperação” é uma das palavras-chaves associadas ao 5º Domínio de intervenção (*a Governança Territorial*), sendo concretamente explicitado como uma das 9 medidas: *“5.3. Potenciar e qualificar a cooperação territorial”*¹³.

O PNPOT de 2019 mostra assim uma grande preocupação em promover uma maior cultura territorial dando particular ênfase à *“necessidade de uma reforma administrativa orientada para a descentralização das funções do Estado e para o reforço das competências das autarquias locais”* e pressupondo a necessidade de um modelo de governação multinível e de gestão participada na qual a participação dos níveis de governação regionais e supramunicipais devem ser reforçadas.

12 DOMÍNGUEZ CASTRO, L., *“Chaves-Verín: A Eurocidade da Água”: Axenda Estratégica/Agenda Estratégica*, (Biblioteca de Estudos Estratégicos), Eixo Atlântico do Noroeste Peninsular, Vigo, 2008.

13 Várias medidas inseridas neste domínio da Governança Territorial destacam e possibilitam o aprofundamento da cooperação territorial, por exemplo: *“aprofundar a descentralização e a desconcentração e promover a cooperação e a governança multinível”* (Medida 5.4), *“reforçar as abordagens integradas de base territorial”* (Medida 5.6) e *“aprofundar a cooperação transfronteiriça e dinamizar as Eurocidades”* (Medida 5.7). Como enquadramento, o PNPOT de 2019 cita os vários desenvolvimentos no avanço da dimensão territorial no quadro europeu – “Livro Verde da Coesão Territorial” (CEC, 2008), o Tratado de Lisboa (UE, 2009), a “Agenda Territorial da União Europeia 2020” (EC, 2011) e o 7 Relatório sobre a Coesão Económica, Social e Territorial– e também nacionais.

Na nossa ótica, este reforço da cultura e da cooperação territoriais são instrumentos indefensáveis para a promoção da coesão territorial e para o êxito das políticas vocacionadas para territórios de baixa densidade.

6 Conclusão

O significado da expressão “territórios de baixa densidade”, em particular em países do Sul da Europa, diz respeito à persistência de problemas estruturais em algumas regiões, relativos não só à dimensão demográfica, mas também à existência de elevados índices de desqualificação e a um tecido empresarial com fraca capacidade empreendedora e de inovação, no quadro de uma diversidade e um dinamismo institucionais incipientes¹⁴.

Em Portugal, a classificação de “territórios de baixa densidade” foi decidida pelo Governo Português (Comissão Interministerial de Coordenação, 2015) para aplicação de medidas de diferenciação positiva dos territórios no âmbito do programa Portugal 2020 e são territórios que na atualidade apresentam desafios críticos face ao tecido económico e ao despovoamento ocorrido, com especial intensidade, a partir de meados do século passado.

É certo que há ainda um longo caminho a percorrer. Mas é certo, também, que esse caminho já tem estado a ser percorrido, o que é um bom sinal.

Bibliografia

- ALVES CORREIA, F., *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4^a ed, Almedina, Coimbra, 2008.
- BAPTISTA, A.M., *Políticas para o Desenvolvimento do Interior – um contributo para o Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social*, CCRC, Coimbra, 1999.
- COUTO, A., “Economia e cidades criativas em regiões de baixa densidade: reexame e implicações de política pública”, Baudin, G. e Vaz, D. (eds.), *Transação Territorial: Novas Relações Cidade-Campo*, Húmus, Vila Nova de Famalicão, 2014.
- COVAS, A., *A Ruralidades I: Temas e Problemas do Mundo Rural*, Universidade do Algarve, Faro, 2007.
- DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Avaliação do Programa de Ação 2007-2013 – Relatório*.
- DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, Diagnóstico*, 2018. Disponível em: http://pnpot.dgterritorio.gov.pt/sites/default/files/PNPOT_Diagnostico_6Julho2018.pdf.
- DOMINGOS VAZ, J.N., “Inovação Urbana em Territórios Periféricos: Um Balanço Crítico Da Região Da Beira Interior”, *Finisterra*, vol. LIV, n. 111, 2019. ISSN: 0430-5027.

14 COVAS, A., *A Ruralidades I: Temas e Problemas do Mundo Rural*, Faro, Universidade do Algarve, Faro, 2007.

- DOMÍNGUEZ CASTRO, L. (coord.), “Chaves-Verín: A Eurocidade da Auga”. *Axenda Estratéxica/Agenda Estratégica, (Biblioteca de Estudos Estratégicos)*, Eixo Atlântico do Noroeste Peninsular, Vigo, 2008.
- LANGE, E., *A cooperação transfronteiriça como oportunidade de desenvolvimento para as regiões de fronteira. Da Raia Ibérica à Euroregião Galiza-Norte de Portugal*, Tese de Doutoramento de Geografia Humana, Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Braga, 2015.
- LANGE, E., “Espessura Institucional Transfronteiriça: da Raia Ibérica à Galiza Norte de Portugal”, *Geopolítica(s). Revista de estudos sobre espaço y poder*, vol. 8, n. 2, 2017.
- LANGE, E. e PIRES, I., “The role and rise of European cross-border entities”, Medeiros, E. (ed.), *European Territorial Cooperation. Theoretical and Empirical Approaches to the Process and Impact of Cross-Border and Transnational Cooperation in Europe*, Springer, New York, 2018.
- MEDEIROS, E., “Is there a rise of the territorial dimension in EU Cohesion policy”, *Finisterra*, n. 103, 2016.
- MEDEIROS, E., “O PNPOT 1.0 vs 2.0. Uma visão crítica da estratégia e modelo territorial”, *Public Policy, Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.
- MONTEIRO, A.A., “Territórios do interior, coesão territorial e modelos de governança: A propósito do Programa Nacional para a Coesão Territorial”, *Sociologia On Line*, n. 19, junho 2019. Disponível em: <https://revista.aps.pt/pt/territorios-do-interior-coesao-territorial-e-modelos-de-governanca-a-proposito-do-programa-nacional-para-a-coesao-territorial/> (Consultado em 24 de outubro de 2020).
- OLIVEIRA, F.P., “Ponto da situação em matéria de planeamento do território; avaliação geral do processo de planeamento e suas perspetivas”, *O Direito e a Cooperação Ibérica II*, II Ciclo de Conferências, Centro de Estudos Ibéricos, 2006.
- OLIVEIRA, F.P., *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 3ª ed., revista e ampliada, AEDREL, Braga, 2018.
- PIRES, I. e LANGE, E., “O PNPOT e os processos de cooperação territorial em Portugal”, *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.
- SOEIRO, J.S. e BELTRÁN, C., *Uma fronteira que nos une – uma fronteira de desenvolvimento. Balanço da cooperação transfronteiriça Espanha-Portugal 2000-2014*, Rede Ibérica de Entidades Transfronteiriças, Vigo, 2016.

regap



ESTUDOS

Regap

Comentarios e crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 149-167
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4619>
© Almodena Valiño Ces
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 03/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A mediación no proceso contencioso-administrativo. Unha perspectiva comparada entre o dereito portugués e o dereito español

La mediación en el proceso contencioso-administrativo. Una perspectiva comparada entre el derecho portugués y el derecho español

Mediation in the contentious-administrative process. A comparative perspective between Portuguese and Spanish law

ALMUDENA VALIÑO CES

Profesora de Dereito Procesual
Universidade de Santiago de Compostela
<https://orcid.org/0000-0002-0794-7067>
almudena.valino@usc.es

Resumo: O dereito administrativo mantívose historicamente sen incorporar a mediación, pero o certo é que non pode negarse que, co paso do tempo, as relacións xurídico-administrativas son cada vez máis complexas e o modelo actual non logra dar resposta ás necesidades da cidadanía, tanto polos resultados pouco satisfactorios como polos tempos que se demoran.

Esta realidade favorece a sensación de desprotección dos cidadáns fronte á Administración e a necesidade de buscar novos mecanismos para a resolución de controversias. Todo iso non fai senón merecer a análise da posibilidade de acudir a unha mediación, tanto no dereito español como no portugués, co fin de solucionar os conflitos que perante os xulgados e tribunais administrativos se formulan.

Palabras clave: mediación, transacción, conciliación, resolución de conflitos, ADR, acordo, proceso contencioso-administrativo.

Resumen: El derecho administrativo ha pervivido históricamente sin incorporar la mediación, pero lo cierto es que no puede negarse que, con el paso del tiempo, las relaciones jurídico-administrativas son

60 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

cada vez más complejas y el modelo actual no logra dar respuesta a las necesidades de la ciudadanía, tanto por los resultados poco satisfactorios como por los tiempos que se demoran.

Esta realidad favorece la sensación de desprotección de los ciudadanos frente a la Administración y la necesidad de buscar nuevos mecanismos para la resolución de controversias. Todo ello no hace sino merecer el análisis de la posibilidad de acudir a una mediación, tanto en el derecho español como en el portugués, con el fin de solventar los conflictos que ante los juzgados y tribunales administrativos se plantean.

Palabras clave: mediación, transacción, conciliación, resolución de conflictos, ADR, acuerdo, proceso contencioso-administrativo.

Abstract: Administrative law has historically survived without incorporating mediation, but the truth is that it cannot be denied that over time legal-administrative relations are becoming more complex and the current model fails to respond to the needs of citizens, both because of the unsatisfactory results and for the times that are delayed.

This reality promotes the sense of unprotection of citizens in the face of the Administration and the need to seek new mechanisms for the resolution of disputes. All this only merits the analysis of the possibility of going to mediation, both in Spanish and Portuguese law, in order to resolve the conflicts that arise before the courts and administrative courts.

Key words: mediation, transaction, conciliation, conflict resolution, ADR, agreement, contentious-administrative process.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 A expansión das *alternative dispute resolution*. 3 A mediación no proceso contencioso-administrativo. 3.1 Con carácter preliminar. 3.2 Regulación da mediación administrativa no dereito español. 3.3 Concepto de mediación. 3.4 Requisitos. 3.5 Efectos do acordo transaccional. 3.6 Homologación do acordo e a súa execución. 3.7 A mediación administrativa no dereito portugués. 4 Conclusións.

1 Introducción

Igual que sucede no resto dos países occidentais, en España constatouse un aumento da litigación, o que orixinou, cando menos, o colapso da Administración de xustiza. Tal incremento vincúlase a diferentes cambios –políticos, sociais ou culturais– que afectan ao sistema legal, xa que estende o seu raio de acción a contextos cada vez máis diversos da realidade social e que provocan que a maioría dos problemas non teñan outra forma de canalización que o acceso aos xulgados e tribunais.

A situación en Portugal non é diferente, pois tamén se produciu un crecemento exponencial da litigación civil a partir da década dos 70¹. Tanto é así que este aumento progresivo que tivo lugar ata finais da década dos 90 provocou unha ruptura dos tribunais e a ineficiencia na súa resposta, orixinando varias reformas da Administración xudicial. As reformas baseáronse en diversos tipos de estratexias: “i) aumento cuantitativo de recursos (humanos, materiais e técnicos); ii) mellor xestión dos recursos, incluíndo alteracións na división do traballo xudicial; iii) aposta pola innovación e a tecnoloxía para a concepción e xestión do sistema xudicial; iv) elaboración de alternativas á oferta formal e profesionalizada que dominou a Administración da xustiza”².

1 Este aumento verifícase a partir de 1976, coincidindo coa fin da ditadura e a Revolución de abril de 1974, e alcanza un expoñente máximo en 1996.

2 SILVA, A.M., “Mediación en Portugal: una trayectoria en construcción”, *La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, n. 41, maio de 2014, pp. 4 e 5.

Ante esta realidade, cobran importancia as propostas alternativas, coñecidas como *alternative dispute resolution* (ADR). Estas enmárcanse no desenvolvemento do paradigma do consenso, reparación e negociación da xustiza na comunidade e constitúen instancias e institucións descentralizadas e informais que desprazan a demanda dos tribunais para outras instancias, públicas ou privadas³. E iso porque as ADR abren camiños para opcións diferentes aos tradicionais instrumentos de resolución de conflitos. Camiños alternativos, xa que trazan novas posibilidades, á marxe do poder xudicial, fronte ao sistema de xustiza habitual⁴.

Faise fincapé, polo tanto, na necesidade de liberar os xuíces e tribunais dunha intensa carga de traballo que atrasa e empobrece a súa capacidade de resposta xurídica ás cuestións que se suscitan e se suxeitan á súa valoración. Ademais, búscase descargarlos do coñecemento de asuntos que, por razóns cualitativas, poden ser desenvolvidos por outros operadores xurídicos, o que lles permite centrarse con atención e tranquilidade nos conflitos de maior relevancia que, loxicamente, lles van seguir pertencendo. De aí que se avogue por que a relación entre xurisdición e estes sistemas alternativos de resolución de conflitos non deba ser tanto de dependencia como de autonomía funcional, pois, en caso de non prosperar un mecanismo autocompositivo, sempre queda expedita a utilización dos mecanismos heterocompositivos: a arbitrase⁵ ou a propia xurisdición.

2 A expansión das *alternative dispute resolution*

No ámbito europeo, as institucións comunitarias manteñen desde hai tempo un grande interese por impulsar e promover os métodos e procedementos non xudiciais nin xurisdicionais, isto é, as ADR. E iso porque, ao seu través, preténdese asegurar un mellor acceso á xustiza, como parte da política da Unión Europea dirixida a determinar un espazo de liberdade, seguridade e xustiza. Trátase, polo tanto, de procedementos extraxudiciais de resolución de conflitos mediante a intervención das partes e dun terceiro imparcial ou, se se prefire, dunha alternativa extraxudicial, fundamentalmente de natureza autocompositiva. A este respecto, pronunciouse o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, para o cal son ADR, esencialmente: a negociación, a conciliación, a mediación e a arbitrase, e defíneas como “*aqueles procedementos que permiten resolver conflitos ou disputas con independencia do sistema xudicial de forma pacífica e xuridicamente admisible, dando unha prevalencia á autonomía das propias partes*”. Así

3 PEDROSO, J., TRINCÃO, C. e DIAS, J.P., “Percurso da informalização e da desjudicialização – por camiños da reforma da administración da xustiza (análise comparada)”, *Observatório Permanente da Justiça portuguesa. Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, 2001, p. 27.

4 A este respecto, sinala BARBOSA: “Desde logo, impõe-se, refletir sobre o significado do termo alternativo, que vem a ser uma opção entre duas ou mais escolhas. Afastando, assim um modismo atual de se qualificar de alternativo o conhecimento advindo de práticas que não correspondem ao reigor do método científico [...]” (ARRUDA BARBOSA, A., *Mediação Familiar: Instrumento Transdisciplinar em Prol da Transformação dos Conflitos Decorrentes das Relações Jurídicas Controversas*, Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2003).

5 En España, a arbitrase atópase regulada na Lei 60/2003, do 23 de decembro, de arbitrase, e en Portugal aprobouse a Lei n. 63/2011, do 14 de decembro, dá arbitragem voluntária, inspirada na Lei modelo de UNCITRAL sobre arbitrase comercial internacional, que entrou en vigor o 15 de marzo de 2012.

mesmo, sinala que as “*ADR son os sistemas autocompositivos ou heterocompositivos de resolución de conflitos, alleos á xurisdición*”⁶. Na mesma liña, pero respecto á mediación, BRAGA NETO sinala que esta “*é um dos vários métodos chamados de alternativos para a resolução de conflito e são considerados alternativos por se constituírem em opções ao sistema tradicional de justiça*”⁷.

Prodúcese, pois, na maior parte dos países, unha expansión destas alternativas e, en concreto, da mediación. Esta aparece como unha institución que, na actualidade, se erixe como unha peza esencial do modelo de xustiza do século XXI, xa que constitúe un procedemento voluntario que lles permite ás partes xestionar o conflito xurdido, solucionando as súas diferenzas, xa sexa total ou parcialmente⁸.

Neste escenario, cobra especial importancia o Libro Verde do 19 de abril de 2002, sobre as modalidades alternativas de solución de conflitos no ámbito do dereito civil e mercantil. Este deu lugar a unha ampla consulta cos Estados membros acerca da adopción de posibles medidas para a promoción da mediación e, ademais, nel fíxose balance da situación deste tema na Unión Europea. Así mesmo, é relevante a Directiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 21 de maio de 2008, sobre certos aspectos da mediación en asuntos civís e mercantís, dado que representa un novo marco normativo en materia de mediación.

Esta Directiva 2008 serviu tanto para facer promoción da mediación nos Estados membros da Unión Europea como para establecer un punto de partida para que as lexislacións dos referidos Estados impulsasen o seu desenvolvemento lexislativo. Así o fixo o noso lexislador, aínda que non de forma inmediata, a través da Lei 5/2012, do 6 de xullo, de mediación en asuntos civís e mercantís⁹. Malia iso, o marco legal da mediación civil e mercantil no noso país non se esgota con esta lei. No ano 2013 publicouse o Real decreto 980/2013, do 13 de decembro, polo que se desenvolven determinados aspectos da Lei 5/2012, do 6 de xullo, de mediación en asuntos civís e mercantís¹⁰.

No caso de Portugal, xa a Constitución da República Portuguesa do 2 de abril de 1976 consagrou a mediación no seu artigo 202 n. 4: “*A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos*”. A partir de 2008, a mediación alcanza un maior recoñecemento ao ser incluída no Código civil portugués a través da Lei n. 61/2008, do 31 de outubro, que alterou o réxime xurídico do divorcio, dispoñendo: “*antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar*”. Con todo, a consagración deste método no ordenamento xurídico portugués ten lugar efectivamente coa creación dos xulgados de paz, na publicación da Lei n. 78/2001 –modificada pola Lei n. 54/2013, do 31 de xullo–, a cal regula a figura

6 Vid. o fundamento xurídico segundo da STSX de Cataluña, Sala do Civil e Penal, Sección 1ª, n. 72/2013, do 9 de decembro.

7 CASTALDE SAMPAIO, L.R. e BRAGA NETO, A., *O que é mediação de Conflitos*, Brasiliense, São Paulo, 2007, p. 19.

8 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 65 a 68.

9 En diante, LM.

10 Este real decreto considerou catro aspectos fundamentais da LM: a formación do mediador; a súa publicidade a través dun rexistro dependente do Ministerio de Xustiza; o aseguramento da súa responsabilidade profesional; e a promoción do procedemento simplificado de mediación por medios electrónicos.

da mediación como fase procesual dos conflitos da súa competencia. Deste xeito, os xulgados de paz buscan a desburocratización, en alternativa aos tribunais comúns, cuxo obxectivo consiste en permitir a participación dos interesados e estimular a xusta composición dos litixios por acordo das partes.

Polo que respecta á transposición da Directiva de 2008, no dereito portugués esta produciuse a través da Lei n. 29/2009, do 29 de xuño, que entón aprobara o *Regime Jurídico do Inventário* e que máis tarde foi derogada pola Lei n. 23/2013, do 5 de marzo. Non obstante, é coa aprobación da Lei n. 29/2013, do 19 de abril –coñecida como *Lei da Mediação*–, cando se regula por primeira vez o réxime xurídico da figura da mediación nun sentido amplo, a cal a define como “*a forma de resolución alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, a través da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*”.

En definitiva, tanto no dereito español como no dereito portugués regúlase esta institución. Mentres a Lei n. 29/2013 contempla os principios xerais aplicables á mediación realizada en Portugal, así como o réxime xurídico da mediación civil e mercantil, dos mediadores e da mediación pública, a LM española, xunto coas disposicións xerais, prevé os principios informadores da mediación, o estatuto do mediador, o procedemento e a execución dos acordos alcanzados.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 A mediación no proceso contencioso-administrativo

3.1 Con carácter preliminar

No dereito español, cando nos atopamos na fase final do proceso declarativo, cabe diferenciar entre o que se denomina terminación normal e anormal. E iso porque, mesmo cando o xeito normal de finalizalo en todas as súas fases é a través da sentenza, o certo é que en determinados supostos o proceso pode concluír anticipadamente, ben por sentenza ou ben por outro modo¹¹. Este remate anticipado tamén se coñece como “crise procesual”¹² e refírese ao xeito anormal¹³ de finalización do proceso, polo que se interrompe o seu curso, temporal ou definitivamente. En realidade, váiselle pór fin, xeralmente a través dun acto de parte, antes de se teren desenvolvido todas as fases e todos os actos procesuais que resultan inútiles ou imposibles xuridicamente.

11 A este respecto, resulta clarificadora a SAP de Madrid, Sección 25ª, n. 208/2007, do 17 de abril, que sinala: “*A resolución do recurso ao cal esta alzada se contrae exige recordar, con carácter previo, que xunto ao xeito normal de remate do proceso –mediante sentenza contradictoria que se pronuncia sobre a pretensión obxecto do proceso– a doutrina científica –e agora a vixente Lei de axuízamento civil do 7 de xaneiro de 2000– distingue distintos modos de terminación anormal deste*” (F.X.1º).

12 Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. e MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 323 a 335; e CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 53.

13 Esta “anormalidade”, que se lles atribúe aos xeitos de remate do proceso diferentes á sentenza, non debe interpretarse, en ningún caso, como unha falta de correspondencia coa lei, senón só como un signo distintivo respecto da fórmula tradicional e “normal” de conclusión do proceso (DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 426).

En consecuencia, o proceso realmente remata de xeito anticipado, aínda que non finaliza en sentido propio.

Como é ben sabido, a Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil¹⁴, regula especificamente as distintas formas de remate anticipado do proceso no capítulo IV do título primeiro do libro primeiro: “*Do poder de disposición das partes sobre o proceso e sobre as súas pretensións*”. En concreto, e respecto ao tema que nos ocupa, é o artigo 19 o que se refire ao dereito dos litigantes a dispor do obxecto do xuízo co fin de renunciar, desistir, avirse, transixir ou someterse á arbitrase.

Agora ben, e máis alá do considerado na orde xurisdiccional civil, en canto ao contencioso-administrativo cómpre acudir á sección 9ª do capítulo I do título IV da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa¹⁵, concretamente aos artigos 74 a 77, os cales regulan a desistencia, a conformidade, a satisfacción extraprocésual e a transacción, respectivamente. Malia que o procedemento contencioso-administrativo xurdiu pola necesidade de resolver, mediante sentenza, as controversias que se formulaban entre as administracións públicas e os particulares, o certo é que a LXCA posibilita que o litixio finalice por aquelas figuras que lles dan grande protagonismo ás partes, dado que son elas as que manifestan a súa vontade de concluílo¹⁶.

Debemos ter presente que nesta materia é frecuente a aplicación supletoria das normas da LAC, tal como establece a disposición derradeira primeira da LXCA. Esta previsión faise extensible ao principio dispositivo das partes –característico do proceso civil–, xa que se configura tamén como un principio clave no proceso contencioso-administrativo. Deste xeito, en virtude deste principio, as partes poden dispor do obxecto do proceso, no sentido de exercitalo ou renunciar a el á súa vontade; isto é, poden servirse doutras formas de concluír a disputa, como é a transacción ou, se é o caso, a conciliación ou a mediación¹⁷.

A conciliación e a mediación comparten trazos, trátase de métodos autocompositivos, non adversariais, alternativos e/ou complementarios á xurisdición e privados, na medida en que son as partes as que, de forma voluntaria, buscan alcanzar un acordo para superar o conflito xurdido. O principal criterio distintivo entre estas dúas figuras reside no grao de intensidade na intervención do terceiro ante o cal se acode para resolver a controversia. Mesmo cando son as propias partes as que porán fin á súa disputa a través dun acordo, existe unha pequena liña que as separa: na conciliación o terceiro trata de propiciar o acordo, xestionando a súa busca entre as partes, o cal poderá executar de xeito coactivo, mentres que na mediación o mediador carece de autoridade e unicamente actúa facilitando a comunicación entre as partes co propósito

14 En diante, LAC.

15 En diante, LXCA.

16 CASADO ROMÁN, J., “Las formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 7077, Sección Doutrina, 16 de decembro de 2008.

17 En efecto, tal como sinala SALA SÁNCHEZ, a pesar da escasa regulación da mediación intraxudicial no ámbito contencioso-administrativo, a súa operatividade vese implementada co artigo 19 LAC, o cal, tras as modificacións introducidas pola disposición derradeira terceira da LM, lles permite expresamente aos litigantes transixir e someter a mediación a materia obxecto do proceso (SALA SÁNCHEZ, P., “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9632, Sección Doutrina, 14 de maio de 2020).

de que estas cheguen a unha solución, non intervindo na fase de execución desta¹⁸. De feito, deféndese que cando se fala de mediación directiva, en que o terceiro asume un papel máis participativo, xa non estamos ante unha verdadeira mediación, senón que máis ben se trata dunha conciliación¹⁹. En consecuencia, o termo de conciliación debe quedar reservado para os casos en que o terceiro ten algún poder sobre as partes, limitando así, na práctica, a súa total liberdade á hora de lograr un acordo correspondente aos seus intereses.

En calquera caso, respecto aos termos mediación/conciliación, cabe salienta que non existe unha terminoloxía unívoca. O contido conceptual que se lles dá non é unanimemente aceptado por todos os autores nin é uniforme en todas as partes. Algúns autores, e mesmo algunhas lexislacións, entenden por mediación o que outros describen como conciliación, e á inversa. Para sermos conscientes de ata onde chega a diversidade terminolóxica, algún autor afirma que a mediación constitúe un procedemento intermedio entre a conciliación e a arbitraje. E iso porque a mediación supón a intervención dunha terceira persoa, o que non sempre se cumpre na conciliación, pero, a diferenza do árbitro, o mediador non ten poder para resolver o conflito²⁰.

Así as cousas, a distinción entre mediación e conciliación non só suscitou debate entre a doutrina española, senón tamén entre a portuguesa. PAIXÃO CAMPOS, tras unha análise exhaustiva das distintas posicións, afirma que non é axeitado distinguir a mediación da chamada conciliación extraxudicial. Trátase, segundo a autora, da mesma actividade, polo que non se xustifica a existencia de dous conceptos diferentes²¹. Pola súa banda, FRANÇA GOUVEIA defende que o termo de conciliación fai referencia unicamente á conciliación xudicial realizada polo xuíz ou o árbitro en procedementos xudiciais ou arbitrais²². Para CARDONA FERREIRA, a mediación e a conciliación non poden deixar de ser, na práctica, combinadas, engadindo que a conciliación é o obxectivo e a mediación, a acción intermedia dun terceiro²³.

3.2 Regulación da mediación administrativa no dereito español

A LXCA non considera de forma expresa a posibilidade de acudir a vías alternativas de resolución de conflitos, pero tampouco contén ningunha prohibición ao respecto. Para o caso que nos ocupa, cómpre acudir ao artigo 77 LXCA²⁴, onde se prevé a posibilidade de acadar un acordo que finalice a controversia, no seo dun proceso, cando se trate de

18 VALIÑO CES, A. e ALONSO SALGADO, C., "Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial pre-procesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria", Areces Piñol, M.T. (coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 369.

19 VEZZULLA, J.C., *Mediação*, Agora Publicações, Barcelos, 2001, p. 84.

20 GARCÍA GARCÍA, L., "La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares", *Estudios jurídicos*, 2004, p. 6977.

21 PAIXÃO CAMPOS, J., *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009, pp. 7 a 13.

22 FRANÇA GOUVEIA, M., "Mediação e Processo Civil", *Cadernos de Direito Privado*, n. especial 1, 2010, p. 26.

23 CARDONA FERREIRA, J.O., "Sistemas de Justiça e Mediação", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano VI, n. 11, 2005, p. 196.

24 O artigo 77 LXCA prevé: "1. Nos procedementos en primeira ou única instancia, o xuíz ou tribunal, de oficio ou por solicitude de parte, unha vez formuladas a demanda e a contestación, poderá someter á consideración das partes o recoñecemento de feitos ou

materias susceptibles de transacción²⁵. Regúlase unha figura que permite o remate convencional do proceso contencioso-administrativo. En efecto, ao contemplar o legislador a opción de que o xuíz ou tribunal poida someter ás partes a posibilidade de lograr un acordo transaccional, non está senón permitindo a oportunidade de levar a cabo unha mediación. Polo tanto, este precepto alude a un modo distinto de concluír o proceso sen necesidade de sentenza, e que é o resultado do pactismo que leven a cabo as partes. As vantaxes que presenta esta figura, concretamente, a resolución acordada dun conflito, son claras, non só en canto ao custo temporal e económico, senón tamén como descarga de traballo para os tribunais²⁶.

Así as cousas, para que poida falarse de transacción é necesario que exista un conflito entre partes. Mesmo cando é parte a Administración, alúdese á existencia dunha situación xurídica indeterminada ou incerta ou tida por tal. De feito, a incerteza e complexidade da situación e a posibilidade de eliminala, unidas ás recíprocas concesións das partes, son elementos esenciais. Deste xeito, para lograr a rápida resolución dese conflito, a lei arbitra varias facultades en mans das partes ou do órgano xudicial, como pode ser a de levar a cabo un intento de conciliación ou, neste caso, de mediación.

Atopámonos ante un suposto que foi introducido como novidade coa promulgación da LXCA, como un sistema alternativo para a resolución do conflito formulado entre as partes. En especial, o novidoso consistía en outorgarlle ao acordo logrado a mesma forza que á sentenza para os efectos de execución forzosa, o que reforza o interese da lei por esta forma de terminación do proceso, tal como dispón a súa exposición de motivos.

documentos, así como a posibilidade de alcanzar un acordo que poña fin á controversia, cando o xuízo se promova sobre materias susceptibles de transacción e, en particular, cando verse sobre estimación de cantidade.

Os representantes das administracións públicas demandadas necesitarán a autorización oportuna para levar a efecto a transacción, conforme as normas que regulan a disposición da acción por parte destes.

2. O intento de conciliación non suspenderá o curso das actuacións salvo que todas as partes comparecentes o soliciten e poderá producirse en calquera momento anterior ao día en que o preito fose declarado concluído para sentenza.

3. Se as partes chegasen a un acordo que implique a desaparición da controversia, o xuíz ou tribunal ditará auto en que se declare rematado o procedemento, sempre que o acordado non fose manifestamente contrario ao ordenamento xurídico nin lesivo do interese público ou de terceiros'.

- 25 A este respecto, o Consello Xeral do Poder Xudicial (en diante, CXPX) determina que, sempre que se dean os presupostos formais, caberá someter a mediación os asuntos que versen sobre as seguintes materias: " a) *Fixación da contía de indemnizacións, xusto prezo, compensacións ou rescates; b) Determinación das regras sobre as prestacións nas relacións bilaterais. Contratos de dereito público e privado, convenios e reintegro de subvencións; c) Lexislación urbanística, medio ambiente e ordenación do territorio, así como a concreción de magnitudes, parámetros e estándares na aplicación da devandita lexislación; d) Actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas; e) Inactividade da Administración, a vía de feito e o silencio administrativo; f) Execución de medidas na potestade disciplinaria e sancionadora da Administración; g) Execución de sentenzas; h) Outras que se establezan en normas legais ou sexan acordadas polo xuíz competente; i) Función pública, mobbing ou acoso laboral" ("Guía para la práctica de la mediación intrajudicial", elaborada polo CXPX, p. 188).*

A este respecto, GAMERO CASADO sinala que esta listaxe non deba ser excluínte, "senón en todo caso indicativa das materias que mellor se prestan á mediación, pero sen impedir ou prohibir que se poidan mediar outros asuntos que reúnan os presupostos formais e versen sobre materias distintas das indicadas" (GAMERO CASADO, E., "Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo", *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 198, Crónica, 2019).

- 26 LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Oñati - Instituto Vasco da Administración Pública, Bilbao, 2000, pp. 211 e 212.

3.3 Concepto de mediación

A mediación, ou máis propiamente a transacción xudicial, é o acordo entre as partes, en virtude do principio dispositivo, mediante o cal pon fin ao litixio, acordo que debe ser homologado polo xuíz mediante auto que terá efectos de cousa xulgada. Disto infírese que nos atopamos ante un acto de carácter bilateral. Así o conciben GONZÁLEZ RIVAS e ARANGUREN PÉREZ ao sinalar: “*toda transacción ou compromiso conciliatorio exige unha relativa renuncia e dispoñibilidade da posición xurídica propia. Polo menos, inicialmente, o achegamento das posturas das partes implica aceptar a posición do outro mediante a modificación da actitude propia*”²⁷.

Trátase, en efecto, dunha transacción, cuxo carácter xudicial –que implica a homologación do órgano xudicial ante o que se tramita o proceso– non desvirtúa a súa natureza contractual, tal como se define no artigo 1809 do Código civil²⁸, do que se extrae que recaia sobre unha relación xurídica incerta²⁹. Este precepto sinala que “*A transacción é un contrato polo cal as partes, dando, prometendo ou retendo cada unha algunha cousa, evitan a provocación dun preito ou poñen termo ao que comezara*”³⁰. Desta definición dedúcense as dúas clases que existen de transacción, en función de que se dirixan a evitar un preito ou a pór fin ao que comezara. No primeiro caso, trátase da extraxudicial porque o pacto se produce fóra do proceso e con repercusión indirecta sobre este; no segundo caso, o contrato en que se formaliza a transacción xudicial sométese ao xuíz ou tribunal e pola homologación deste adquire forza e finaliza o proceso.

O feito de ter trasladado esta posibilidade á orde contenciosa non é outro que un intento moi ben intencionado de proceder a desatascar o colapso que padece esta xurisdición³¹. Malia iso, cabe salientar a súa falta de operatividade, debido na súa maior parte á propia base persoal da orde contenciosa, onde unha das partes será sempre unha Administración e non outro particular. Unha Administración investida dunha serie de privilexios que lle permiten ser operador xurídico e decidir unha aplicación concreta da legalidade. A este respecto, ARISTÓTELES MAGÁN PERALES afirma que, na práctica, “*cando un asunto se xudicializa, existen moi poucas posibilidades de que a Administración dea o seu brazo a torcer. Sobre todo cando non o fixo utilizando a*

27 GONZÁLEZ RIVAS, J.J. e ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, Thomson, Madrid, 2008, p. 599.

28 En diante, CC.

29 ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J.M. e GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 225.

30 Este carácter contractual foi recoñecido polos nosos tribunais en diferentes pronunciamentos xurisprudenciais: o ATC 206/2005, do 10 de maio; a STS do 11 de outubro de 2004; a STSX de Galicia n. 1998/2008; as sentenzas da AN do 20 de novembro de 2008, 16 de marzo de 2009 e 6 de maio de 2009, nas cales se indica a función de mediación administrativa como medio de resolución de conflitos entre a Administración e os cidadáns.

31 Nesta liña, algúns autores entenden que, aínda que a mediación non está exenta de interrogantes sobre o seu futuro, se pode afirmar que este método vinculado ao proceso contencioso-administrativo “*está nunha boa liña de saída do que podería ser unha novidosa ferramenta na xestión de determinados conflitos no noso país. E neste sentido, o futuro desta, fronte ao monopolio actual da Administración de xustiza, é algo que vai depender en boa medida da confianza que se lles logre transmitir aos cidadáns e á propia Administración pública*” (DUPLÁ MARÍN, M.T., CUMELLA DE MONTSERRAT, C. e MANÉN YZAGUIRRE, M., “¿Responde la mediación a una gestión más eficiente de los conflictos en el ámbito administrativo?”, *Diario La Ley*, n. 9385, Sección Práctica Forense, 27 de marzo de 2019).

*figura similar que contén o procedemento administrativo (a terminación convencional). Estamos sen ningunha dúbida ante a figura menos empregada na práctica, dado o nulo interese das administracións públicas afectadas e a escasa tradición desta figura na orde contencioso-administrativa*³².

A iso deben sumarse os impedimentos legais que ten a Administración para transixir, xa que o letrado que represente á Administración non é dono da posición desta, como sucedería cun particular, senón que require tamén da autorización da dita Administración para acceder a unha eventual mediación. Por conseguinte, as administracións públicas terán que obter dos seus órganos competentes a correspondente autorización para transixir. Concretamente, cando se trata da Administración do Estado ou dun dos seus organismos autónomos, precisarase autorización por decreto acordado en Consello de Ministros, logo de ditame do Consello de Estado en pleno, autorización que, cando se trate de administracións de comunidades autónomas ou de administracións locais, lle corresponderá a órgano de Goberno da respectiva comunidade. Por tales motivos, a figura da mediación non adoita ser un instrumento que permita liberar de carga de traballo os órganos do contencioso.

Sexa como for, e a pesar de que o dereito administrativo se presenta historicamente como un ámbito cheo de obstáculos fronte ás ADR, o certo é que os cambios sociais e a modificación das estruturas administrativas levan a procurar novas canles para a resolución dos conflitos coa Administración. Por este motivo, a mediación viuse fortemente impulsada pola Unión Europea –tal como se evidenciou– e, no ámbito interno, o Consello Xeral do Poder Xudicial propiciou a incorporación da mediación administrativa mediante proxectos piloto que impulsan o consenso³³. Estes proxectos beneficiaron o panorama nesta materia, pondo de manifesto que non só é factible, senón en moitos casos conveniente, impulsar o acordo a través da mediación, sabendo, en todo caso, que non é excluínte da vía xudicial. Polo tanto, a mediación preséntase como un complemento perfecto da vía administrativa, cubrindo aqueles espazos que estas non poden ou non alcanzan. Partindo desta configuración, enténdese que a mediación permite paliar unha situación de total colapso no ámbito da xurisdición contencioso-administrativa.

32 ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, J.M., “La sentencia y otras formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, Oliván del Cacho, J. e Ezquerro Huerva, A. (dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. En sentido contrario, GIMENO SENDRA entendeu que non existía impedimento para a súa aplicación, sempre e cando se observasen todos os requisitos e, especialmente, o de que se trate dunha materia litixiosa dispoñible, cuxos efectos transcorran exclusivamente entre as partes, sen que poidan estar comprometidos o interese público ou o de terceiros (GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. e GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993).

33 Convén, en todo caso, destacar a existencia de proxectos piloto promovidos polo CXPX: o de Las Palmas de Gran Canaria implantouse en 2013 nos xulgados do contencioso-administrativo 2 e 3, en virtude dun convenio suscrito pola Fundación Valsain, o Concello de Las Palmas, o Colexio de Avogados, o Goberno de Canarias e o CXPX. Posteriormente, este foi reproducido noutras comunidades autónomas como A Rioxa, e máis recentemente en Madrid e en Valencia, sendo o primeiro xestionado desde o Concello e o segundo, desde a Corte de Arbitraje e Mediación da Cámara de Valencia. Igualmente, está a experiencia en Murcia. No marco da Orde XUS/1721/2014, do 18 de setembro, pola que se amplía a Oficina Xudicial de Murcia e se articula a creación da Unidade de Mediación Intraxudicial de Murcia.

3.4 Requisitos

Para que exista esta figura da mediación, cómpre que se cumpran, en primeiro lugar, os requisitos obxectivos. A LXCA indícanos que, unha vez formuladas a demanda e a contestación, de oficio ou por instancia de parte, o órgano xurisdiccional pode someter á consideración das partes o recoñecemento de feitos ou documentos, así como a posibilidade de lograr un acordo –de mediar– que poña fin á controversia, sempre e cando o xuízo se promova sobre materias que, pola súa natureza, sexan susceptibles de transacción³⁴ e, en particular, cando se trate de reclamacións de cantidade³⁵.

Movémonos, polo tanto, nunha indefinición no que se refire ás materias concretas que poden ser obxecto de transacción ou de mediación, deixando abertos algúns límites á eventualidade de pactar sobre certos asuntos, nos cales pode resultar máis axeitada a fórmula da transacción, como poden ser os asuntos públicos ou os actos administrativos regulados. En consecuencia, *a priori* considérase aventurado elaborar unha listaxe exhaustiva de materias ou cuestións en que resulte máis apropiada a fórmula da transacción.

En segundo lugar, tamén son precisos uns requisitos subxectivos. A este respecto, o artigo 77.1 recoñécelle unha ampla posibilidade ao órgano xudicial de someter a consideración das partes, de oficio ou por solicitude dunha delas, a opción de que estas logren un acordo sobre o obxecto do proceso. En efecto, trátase dunha facultade, non sendo obrigatorio que se acade este acordo, o cal soamente poderá ser realizado por vontade das partes, exixíndose no artigo 1713 CC poder especial para preitos para que sexa válida a transacción conseguida por elas. Polo tanto, o intento de transacción ou mediación pode ser realizado polo xuíz ou tribunal, de oficio ou por instancia de parte. En realidade, o máis normal é que a transacción teña lugar por instancia das partes litigantes, que darán conta ao órgano xudicial do acordo logrado entre elas³⁶.

Por último, existen os requisitos temporais, é dicir, os referidos ao momento procesual en que cabe a transacción. En puridade, esta debe producirse desde que se interpón a demanda e a contestación e con anterioridade ao momento en que se declara o proceso concluso para ditar sentenza. Agora ben, SANTAMARÍA PASTOR considera

34 O ATS do 3 de abril de 2001 pronúnciase acerca das materias susceptibles de transacción: “[...] *denegou a tramitación do incidente do artigo 77 da Lei xurisdiccional ao versar o dito precepto sobre as facultades da Sala para propiciar unha conciliación ou transacción entre as partes, que se exclúe cando a cuestión debatida verse sobre materias non susceptibles de transacción, como neste caso acontece; resultando, ademais diso, que os supostos feitos cuxo recoñecemento se solicita resultan irrelevantes para o axuízamento da actuación da Xunta Electoral Central, impugnada neste proceso; e non se solicita tanto o recoñecemento dun feito como a aceptación polo Concello codemandado dunha alegación xurídica, desde o momento en que o demandante, máis que pedir o recoñecemento de que non se interpuxo un recurso contra un auto ditado na xurisdición penal (o cal, insítese niso, é intranscendente para os efectos deste proceso), busca o recoñecemento das consecuencias xurídicas que une a tal aquietamento; debéndose impoñer as custas desta súplica ao demandante, por apreciarse temeridade procesual na súa formulación*” (vid. F.X.2°).

35 Tal como se prevé no F.X.4° da STSX de Andalucía, Granada, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, n. 698/2018, do 12 de abril.

36 Non obstante, o axeitado sería que, non excluíndo *a priori* ningún asunto da mediación, fose o propio tribunal o que determinase criterios flexibles e orientativos que aconsellen acudir a esta institución. Con iso lograríase unha dobre vantaxe: por un lado, para o administrado, xa que alcanza solucións pactadas áxiles e menos custosas que, pola súa vez, estarían referendadas pola propia autoridade xudicial e cuxo tempo de realización sería menor, e, polo outro, para a Administración de xustiza, xa que permite desconxestionar o número de asuntos e axuda a obter unha xustiza áxil e eficaz (GARCÍA TEJADA, D.J., “Una breve aproximación a la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, Sección Exercer en forma e prazo, marzo de 2019).

que a lei non é clara cando alude a este elemento temporal. Se se debe facer “*unha vez formulada a demanda e a contestación*” e ademais poderá producirse “*en calquera momento anterior ao día en que o preito fose declarado concluso para sentenza*”, estase a deixar unha marxe temporal moi estreita para a incoación do trámite –o período de proba e de vista ou conclusións–, que pode mesmo non existir en absoluto no suposto previsto no artigo 57³⁷, en que o preito é declarado concluso no mesmo momento de recibirse a contestación á demanda³⁸. En consecuencia, esta restrición temporal non sería totalmente acertada, xa que non coadxuva a incentivar o emprego deste método de finalización do proceso.

Malia iso, o precepto si é claro cando dispón que a transacción debe ter lugar “*nos procedementos en primeira ou única instancia*”, do que se infire que non resulta posible a técnica da transacción ou mediación en vía de recurso. Iso débese a que na vía de recurso se depura a corrección xurídica dunha anterior resolución xurídica –auto ou sentenza– que eliminou, coa decisión, a incerteza xurídica que constitúe o requisito ou a base fáctica para que poida falarse de transacción³⁹. Non obstante, GONZÁLEZ PÉREZ sostén que non existe motivo impeditivo para aplicar a transacción na fase de execución, mediante convenio entre as partes que poña fin ás cuestións debatidas, sempre e cando concorra o requisito da incerteza ou dificultade na solución⁴⁰.

3.5 Efectos do acordo transaccional

Como regra xeral, e de conformidade co apartado 2 do artigo 77 LXCA, o intento de conciliación –ou de mediación– non suspenderá o curso do proceso, salvo que todas as partes que comparecen o soliciten⁴¹. No caso de que as partes solicitasen tal suspensión e a ningunha delas lle interesase a prosecución do proceso, cumprirá observar o previsto no artigo 237 LAC sobre caducidade da instancia. Respecto ao prazo de suspensión, observarase de forma supletoria o artigo 19.4 LAC, no cal se prevén sesenta días. Malia iso, este prazo pode considerarse insuficiente para lograr cambiar a vontade das partes e solicitar as autorizacións de órganos superiores e informes ou ditames consultivos que a transacción adoita requirir.

Se tras as conversas levadas a cabo polas partes se lograra o acordo, entón extinguirase a controversia e o tribunal deberá ditar auto polo que declare rematado

37 Este precepto fai referencia a cando o actor pida na súa demanda que o recurso se falle sen necesidade de recibimento a proba nin tampouco de vista ou conclusións e a parte demandada non se opoña.

38 SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 773 e 774.

39 GARCÍA MANZANO, P., “Terminación del procedimiento”, Leguina Villa, J. e Sánchez Morón, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 363.

40 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 145, xaneiro-abril de 1998, p. 23.

41 Tal como se prevé na STSX de Castela-A Mancha, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, n. 282/2017, do 23 de xuño: “*No procedemento de instancia as dúas partes solicitaron a suspensión da súa tramitación por estar en proceso de negociación, o que culminou coa presentación dun acordo transaccional que presentaron de común acordo ao abeiro do artigo 77 LXCA e 19 LAC solicitando que se acordase a súa homologación*” (FX.1ª).

o litixio⁴². Para que este efecto extintivo teña lugar, a transacción require que no convenio interviñesen todos os que compareceron como demandados, aínda cando é discutible se han de ser tamén incluír os que, malia posuíren a devandita posición procesual, interveñen non como titulares de dereitos derivados do acto contra o que se recorre, senón como lexitimados pasivamente en virtude de simple interese lexítimo⁴³. Pola contra, se non se alcanzase a transacción, o proceso continuaría con normalidade ata ditarse sentenza.

Por outra banda, mesmo cando o lexislador non delimitou cal deba ser o contido da resolución xudicial que declara finalizado o litixio, resulta lóxico considerar que, para facilitar, incluso, a execución do acordado, o auto deberá incluír a expresión literal do convido, pois desta forma cúmprese tamén o deber do órgano xurisdiccional de velar pola regularidade do seu contido. En realidade, esta precaución necesaria podería posibilitar a execución xudicial do acordado no hipotético caso de que algunha das partes mostrase unha futura resistencia a cumprir⁴⁴.

3.6 Homologación do acordo e a súa execución

A mediación pretende que o cidadán, como partícipe e xestor da solución autocompositiva do seu conflito, sinta que ademais de ser esta súa e propia, é lícita, ecuánime, axeitada e, por conseguinte, unha solución xusta. Se isto se produce, non cabe dúbida ningunha de que, a xuízo de MARTÍN DIZ, “a eficacia do acordo será máxima, os seus compromisos intocables, a súa fisionomía case perfecta. Aínda así, mesmo presente o convencemento das partes no apropiado do acordo obtido, múltiples factores poden desencadear o seu incumprimento e facer cambalear a súa eficacia”⁴⁵. Esta circunstancia pode situar a mediación en desvantaxe con respecto aos sistemas heterocompositivos. Por iso, en boa lóxica, parece conveniente regular a forma de lograr que o acordo teña forza executiva para evitar que, nos casos de incumprimentos totais ou parciais, os acordos se convertan en papel mollado, sen máis posibilidade para as partes cumpridoras que acudir á vía xudicial.

En atención ao previsto no apartado 3 do artigo 77, o acordo transaccional acadado necesita a homologación xudicial, unha vez examinada a concorrencia da capacidade procesual exixida ás partes e que se axusta á lei, e sempre que o acordado entre as partes non fose manifestamente contrario ao ordenamento xurídico nin lesivo do interese público ou de terceiros⁴⁶. Os terceiros afectados, en calquera caso, terán

42 Tal como contempla o auto do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 1 de Guadalaxara n. 65/2017, do 2 de marzo, que sinala: “a terminación deste procedemento, por chegaren as partes a un acordo que implica a desaparición da controversia”.

43 De acordo co artigo 21.1.b LXCA, teñen a consideración de parte demandada: “As persoas ou entidades cuxos dereitos ou intereses lexítimos puidesen quedar afectados pola estimación das pretensións do demandante”.

44 GONZÁLEZ RIVAS, J.J. e ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, cit., p. 598.

45 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consello Xeral do Poder Xudicial, Centro Documentación, Madrid, 2010, p. 130.

46 Así tamén o entende GARCÍA VICARIO, ao sinalar que o xuíz debe negarse a admitir a validez daqueles acordos intraprosuais cuxo contido sexa “manifestamente contrario ao ordenamento xurídico” ou “lesivo do interese público ou de terceiros”, co que se lle encomenda unha tarefa de control substantivo evidente (GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema

que ser chamados ao proceso, e para que as consecuencias xurídicas do acordado os vinculen deberán tamén prestar a súa conformidade. Nese mesmo auto que declara rematado o proceso, ordenarase o arquivo dos autos e a remisión do expediente á Administración. Se apreciase algunha desas circunstancias, tamén se ditará auto motivado, facéndoo constar así e continuando o proceso ata ditar sentenza.

O auto ditado terá a mesma forza executiva que unha sentenza. Desta forma, estase a outorgarlle ao acordo de mediación a mesma forza que á sentenza para os efectos de execución forzosa, o que reforza o interese da lei por esta forma de terminación do proceso. A este respecto, cabe traer a colación o previsto no artigo 517.2.9º LAC, en virtude do cal o auto que aprrobe ou homologue este acordo será título executivo.

Agora ben, transcorrido o prazo de execución que se fixase no acordo a que se se refire o artigo 77.3, calquera das partes poderá instar a súa execución forzosa, en virtude do artigo 113 LXCA. Así, para conseguir do órgano xurisdiccional a execución forzosa, este precepto distingue entre o suposto de que o acordo non contivese prazo para levar a efecto as súas previsións, caso en que a parte prexudicada lle poderá requirir á obrigada o cumprimento e, se no prazo de dous meses non se produce, poderá “*instar a súa execución forzosa*”; e aquel outro suposto en que o propio convenio incorpora un prazo para o seu cumprimento, no cal calquera das partes, transcorrido este, poderá instar do xuíz ou tribunal a execución forzosa, sen actividade previa ningunha.

3.7 A mediación administrativa no dereito portugués

En Portugal, é na década dos 90 cando se nota máis claramente a apropiación progresiva da mediación en textos normativos. Esta institución é admisible en diversos ámbitos e adoptáronse medidas para incrementar o uso dos sistemas de mediación en certas áreas xurídicas: emprego, asuntos penais, mercantís, civís e de familia. E iso porque a mediación en materia familiar, laboral e penal conta coas súas propias estruturas e mediadores especializados, mentres que a mediación civil e mercantil se produce no marco dun proceso xudicial perante os xulgados de paz⁴⁷.

Polo que se refire ao ámbito administrativo, debemos acudir ao Decreto-lei n. 214-G/2015, do 2 de outubro, a través do cal, e en virtude da autorización lexislativa outorgada pola Lei n. 100/2015, do 19 de agosto, se revisa, entre outras normas⁴⁸, o Código de proceso nos tribunais administrativos que fora aprobado pola Lei n. 15/2002, do 22 de febreiro⁴⁹.

alternativo y complementario de resolución de conflictos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, xaneiro de 2013, p. 19).

47 Tamén resulta posible que nos xulgados de paz se poida realizar unha mediación sobre asuntos que quedan fóra da competencia destes órganos xudiciais, o que se denomina comunmente como “mediación extracompetencial”. Malia iso, este tipo de mediación non segue as fases procesuais habituais das materias competencia dos xulgados de paz, pois, en caso de que non se logre un acordo, o proceso non pode continuar o seu curso no xulgado, tal como pode suceder no caso das mediacións civís e mercantís, nas cales os xulgados de paz son competentes.

48 Revisase tamén: “o *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*, o *Código dos Contratos Públicos*, o *Regime Jurídico da Urbanización e da Edificación*, a *Lei de Participación Procedimental e de Ação Popular*, o *Regime Jurídico da Tutela Administrativa*, a *Lei de Acceso aos Documentos Administrativos* e a *Lei de Acceso à Informação sobre Ambiente*”.

49 O proceso nos tribunais administrativos réxese pola Lei n. 15/2002, polo Estatuto dos tribunais administrativos e fiscais e, supletoriamente, polo disposto na Lei de proceso civil, coas adaptacións necesarias.

Nesta revisión engádese o artigo 87º-C⁵⁰, mediante o cal se incorpora unha tentativa de conciliación e mediación. En efecto, considera a posibilidade de que, en atención ao poder de disposición das partes, se poida levar a cabo en calquera momento do proceso un intento de conciliación ou mediación. Agora ben, para iso é necesario que as dúas partes o exixan conxuntamente ou sexa o xuíz quen considere que é adecuado.

Con todo, malia o precepto aludir fundamentalmente á conciliación, en canto ao desenvolvemento da mediación remítese ao establecido na propia lei de mediación, polo que, máis alá desta posibilidade que teñen as partes, o Código de proceso civil –Lei n. 41/2013, do 26 de xuño–, no seu artigo 273, fai referencia á mediación e á suspensión da instancia. Prevese que, en calquera momento do proceso, o xuíz poderá determinar, sempre que o considere oportuno, a remisión do proceso para a mediación, caso en que este se suspenderá, salvo que algunha das partes se opoña expresamente a tal remisión.

Ademais desta previsión, as partes tamén poden, conxuntamente, optar por resolver o conflito a través dunha mediación, acordando a suspensión do proceso por un período máximo de 3 meses. Esta suspensión prodúcese, de forma automática e sen necesidade dun auto xudicial, coa comunicación por algunha das partes do recurso a mediación.

No suposto de que non sexa posible lograr un acordo na mediación, o mediador debe pór en coñecemento do xuíz tal circunstancia e farao, preferentemente, por vía electrónica. Como consecuencia, cesará automaticamente e sen necesidade de ningún acto do xuíz a suspensión do procedemento. Pola contra, de se lograr un acordo na mediación, este envíase ao xuíz, tamén preferentemente por vía electrónica, seguindo o previsto na lei para a homologación do referido acordo.

En canto ao acordo, os artigos 20 da Lei n. 29/2013 e 56 da Lei n. 54/2013, do 31 de xullo⁵¹, prevén que o seu contido será fixado libremente polas partes, debe pórse por escrito e asinarse por todos os intervinientes, para a inmediata homologación polo xuíz de paz, tendo o valor de sentenza.

Máis alá desta previsión, o artigo 14 da Lei n. 29/2013 sinala que, nos casos en que a lei non determine a súa obriga, as partes teñen a facultade de solicitar a homologación xudicial do acordo obtido na mediación. A finalidade de tal homologación é verificar se se cumpren os requisitos previstos neste precepto: se o acordo respecta o asunto que poida ser obxecto de mediación; a capacidade das partes para a súa celebración; se se respectan os principios xerais do dereito; se se respecta a boa fe; e se non constitúe un

50 Artigo 87º-C: " 1. Quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez.

2. Para o efeito do disposto no número anterior, as partes são notificadas para comparecer pessoalmente ou se fizerem representar por mandatário judicial com poderes especiais.

3. A tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução mais adequada aos termos do litígio.

4. Frustrando-se, total ou parcialmente, a conciliação, ficam consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio.

5. A mediação processa-se nos termos definidos em diploma próprio".

51 Primeira modificación á Lei n. 78/2001, do 13 de xullo (Lei de organización, competencia e funcionamento dos xulgados de paz), que desenvolve algúns aspectos de organización e funcionamento dos xulgados de paz.

abuso de dereito e o seu contido non vulnera a orde pública. Deste xeito, verificados os requisitos legais, o acordo de mediación constituirá título executivo, podendo ser executado en caso de incumprimento do previsto polas partes⁵².

A pesar disto, o artigo 9 da Lei n. 29/2013 considera uns supostos nos cales o acordo de mediación ten forza executiva, sen necesidade de homologación xudicial. Concretamente, este precepto prevé que ten forza executiva o acordo: “a) *Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial*; b) *Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração*; c) *Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos*; d) *Cujo conteúdo não viole a ordem pública*; e e) *Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça*”.

Con todo, no caso de que se denegue a homologación, o acordo non produce efectos e será devolto ás partes, as cales, no prazo de 10 días, poden someter un novo acordo para a homologación.

4 Conclusións

A dispoñibilidade que sobre o proceso contencioso-administrativo determinou o lexislador español e portugués viabiliza a súa finalización por medios distintos da sentenza. En efecto, o principio dispositivo constitúe unha peza clave na medida en que a súa configuración implica que as partes litigantes teñen á súa disposición o proceso. En consecuencia, estas poden dispor non só do inicio e do desenvolvemento, senón tamén da terminación anticipada da contenda, en concreto, cando se alcanza un acordo transaccional.

Neste sentido, no dereito español, o artigo 77 LXCA prevé a posibilidade de someter a cuestión controvertida á terminación convencional mediante transacción procesual e, xa que logo, á mediación. Polo tanto, existe a posibilidade de acudir a unha mediación administrativa para dirimir as controversias de forma pacífica entre a Administración pública e os administrados. Deste xeito, coadxúvase á diminución dos procesos contencioso-administrativos, permitindo a solución dos litixios no eido do dereito administrativo de xeito máis flexible e rápido.

Agora ben, cando a terminación anormal é resultado da transacción entre as partes do litixio, a aceptación por esa canle duns feitos controvertidos non vincula o tribunal, o cal poderá ordenar a continuación do proceso cando aprecie que o acordado é manifestamente contrario ao ordenamento ou estime que é lesivo para o interese público ou de terceiros.

No entanto, malia as potencialidades da mediación, o certo é que esta presenta un escaso alcance práctico á hora de rematar este tipo de procesos de xeito anticipado e consensuado. Ademais, a regulación que dela atopamos na lei é reducida, polo que é a xurisprudencia a que, en numerosas ocasións, tivo que concretar o seu alcance e significado. Esta realidade trae a súa causa, en maior medida, do pouco interese

52 MARQUES CEBOLA, C., “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”, *Revista Brasileira de Direito*, n. 11 (2), xullo-dецembro, 2015, p. 60.

das administracións públicas afectadas e da insuficiente tradición que presenta esta figura na orde contencioso-administrativa, polo que se entende que os poderes públicos deberan fomentala, máxime cando razóns non faltan para dotar este sistema autocompositivo dunha eficaz e sólida operatividade.

Polo que respecta ao dereito portugués, grazas á incorporación do artigo 87º-C na Lei n. 41/2013, poderase acudir a unha mediación para tratar de solucionar o conflito ante os tribunais administrativos, sempre que as dúas partes o exixan conxuntamente ou o xuíz considere que é axeitado. Agora ben, neste ámbito a regulación céntrase na conciliación, polo que é necesario acudir ao disposto na propia regulación da mediación.

Bibliografía

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J.M. e GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, J.M., “La sentencia y otras formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, Oliván del Cacho, J. e Ezquerra Huerva, A. (dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ARRUDA BARBOSA, Á., *Mediação Familiar: Instrumento Transdisciplinar em Prol da Transformação dos Conflitos Decorrentes das Relações Jurídicas Controversas*, Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2003.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CARDONA FERREIRA, J.O., “Sistemas de Justiça e Mediação”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano VI, n. 11, 2005.
- CASADO ROMÁN, J., “Las formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 7077, Sección Doutrina, 16 de decembro de 2008.
- CASTALDE SAMPAIO, L.R. e BRAGA NETO, A., *O que é mediação de Conflitos*, Brasiliense, São Paulo, 2007.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. e MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- DUPLÀ MARÍN, M.T., CUMELLA DE MONTSERRAT, C. e MANÉN YZAGUIRRE, M., “¿Responde la mediación a una gestión más eficiente de los conflictos en el ámbito administrativo?”, *Diario La Ley*, n. 9385, Sección Práctica Forense, 27 de marzo de 2019.
- FRANÇA GOUVEIA, M., “Mediação e Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, n. especial 1, 2010.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- GAMERO CASADO, E., “Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 198, Crónica, 2019.
- GARCÍA GARCÍA, L., “La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares”, *Estudios jurídicos*, 2004.
- GARCÍA MANZANO, P., “Terminación del procedimiento”, Leguina Villa, J. e Sánchez Morón, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- GARCÍA TEJADA, D.J., “Una breve aproximación a la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, Sección Ejercer en forma y plazo, marzo de 2019.
- GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, enero de 2013.
- GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. e GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 145, enero-abril de 1998.
- GONZÁLEZ RIVAS, J.J. e ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, Thomson, Madrid, 2008.
- LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Oñati – Instituto Vasco de la Administración Pública, Bilbao, 2000.
- MARQUES CEBOLA, C., “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”, *Revista Brasileira de Direito*, n. 11(2), xullo-décembro, 2015
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consello Xeral do Poder Xudicial, Centro Documentación, Madrid, 2010.
- PAIXÃO CAMPOS, J., *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009.
- PEDROSO, J., TRINCÃO, C. e DIAS, J.P., “Percurso da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)”, *Observatório Permanente da Justiça portuguesa. Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, 2001.
- SALA SÁNCHEZ, P., “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9632, Sección Doutrina, 14 de maio de 2020.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010.
- SILVA, A.M., “Mediación en Portugal: una trayectoria en construcción”, *La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, n. 41, mayo de 2014.

VALIÑO CES, A. e ALONSO SALGADO, C., “Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial pre-procesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, Areces Piñol, M.T. (coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
VEZZULLA, J.C., *Mediação*, Agora Publicações, Barcelos, 2001.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 169-181
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4610>
© Víctor José Barbeito Pose
© Julián Bustelo Abuín
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 28/10/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os contornos de protección na Lei 5/2016 e no Plan básico autonómico

Los entornos de protección
en la Ley 5/2016 y en el
Plan básico autonómico

Settings of cultural heritage
in 5/2016 Act and the
Basic Regional Plan

60 Regap

Regap



VÍCTOR JOSÉ BARBEITO POSE

Centro Arqueolóxico do Barbanza
<https://orcid.org/0000-0001-7414-2085>
centroarqueoloxicobarbanza@gmail.com

JULIÁN BUSTELO ABUÍN

Investigador do Grupo de Estudos para a Prehistoria do NW Ibérico.
Arqueoloxía, Antigüidade e Territorio
Universidade de Santiago de Compostela
julianbustelo17@gmail.com

Resumo: Neste traballo analizamos a figura de “contorno” de protección dos bens culturais, e máis concretamente aplicada ao patrimonio arqueolóxico. Facemos un percorrido pola figura de contorno desde o eido internacional, nacional e galego, para logo analizar algunhas cuestións que consideramos contraditorias xurdidas a partir da aprobación do Plan básico autonómico e a configuración de novos contornos de protección que se afastan do establecido na Lei do patrimonio cultural de Galicia, e xeran un quebranto sobre a protección efectiva ao non teren en conta a complexidade dos bens que cómpre protexer e a realidade do patrimonio arqueolóxico galego, recorrendo ao criterio de distancia para fixar o contorno de protección.

Palabras clave: urbanismo, patrimonio cultural, arqueoloxía, arte rupestre, protección.

Resumen: En este trabajo analizamos la figura de “entorno” de protección de los bienes culturales, y más concretamente aplicada al patrimonio arqueológico. Hacemos un recorrido por la figura de entorno desde el ámbito internacional, nacional y gallego, para luego analizar algunas cuestiones que consideramos

contradictorias surgidas a raíz de la aprobación del Plan básico autonómico y la configuración de nuevos entornos de protección que se apartan de lo establecido en la Ley del patrimonio cultural de Galicia, y generan un quebranto sobre la protección efectiva al no tener en cuenta la complejidad de los bienes que es preciso proteger y la realidad del patrimonio arqueológico gallego, recurriendo al criterio de distancia para fijar el entorno de protección.

Palabras clave: urbanismo, patrimonio cultural, arqueología, arte rupestre, protección.

Abstract: In this work we're analyzing the figure of "the setting of cultural heritage", and more specifically applied to archaeological site. We take a tour of the figure "the setting of cultural heritage", from the international, national and Galician sphere, to then analyze some troubles that we consider contradictory that emerge as a result of the approval of the *Plan básico autonómico* and the configuration of new setting of cultural heritage that deviate from what is established in the Law of the cultural heritage of Galicia and generate a loss on the effective protection of the heritage sites by not taking into account the complexity of those to be protected and the reality of the Galician archaeological heritage, resorting to the distance criterion to set its protection.

Key words: urbanism, cultural heritage, archaeology, rock art, protection.

SUMARIO: 1 A orixe e o desenvolvemento do concepto contorno: documentos internacionais sobre protección e conservación de bens culturais. 2 A configuración do contorno na Lei do Patrimonio Histórico Español. 3 Os primeiros contornos na lexislación galega. 4 Os contornos na actual normativa galega do patrimonio cultural. 5 O Plan básico autonómico. 6 Conclusións.

1 A orixe e o desenvolvemento do concepto contorno: documentos internacionais sobre protección e conservación de bens culturais

A figura do contorno ten un longo percorrido nos documentos internacionais sobre o patrimonio cultural; podemos atopala de forma seminal na Carta de Atenas de 1931, aínda que baixo a denominación de "ambiente", considerándoo como obxecto dun coidado especial, fundamentalmente na proximidade dos monumentos antigos, á vez que deben respectarse algunhas perspectivas particularmente pintorescas¹.

De xeito paulatino, durante a segunda metade do século XX asentárase a noción do contorno². Concretamente na Carta de Venecia de 1964 faise fincapé en que a conservación do monumento implica un marco á súa escala, establecendo que, en caso de conservarse o marco tradicional, se manterá, e que toda construción nova, toda destrución e calquera arranxo que puidese alterar as relacións entre os volumes e a gama cromática será desbotada (artigo 6 da Carta de Venecia).

Sen ánimo de ser exhaustivo, a Comisión Francischini de 1967, a Carta de Quito de 1967, a Convención da Unesco sobre Patrimonio Mundial de 1972, a Carta Europea do Patrimonio Arquitectónico de 1975 do Consello de Europa, a Recomendación de Nairobi de 1976, o Terceiro Simposio Europeo de Múnic de 1978, a Convención de Granada de 1985, a Carta de Cracovia de 2000, o Convenio de Florencia ou a Declaración de Xi'an

1 AYÚS Y RUBIO, M., *Régimen jurídico de los entornos de protección de los bienes de interés cultural*, Universidade de Alacante, Departamento de Estudos Xurídicos do Estado, Alacante, 2012, p. 51.

2 QUEROL FERNÁNDEZ, M.A., *Manual de gestión del patrimonio cultural*, Akal, Madrid, 2010.

de 2005, todas elas tratan, con maior ou menor intensidade, o que hoxe coñecemos como contorno, sendo a Declaración de Xi'an un tratado monotemtico da relevancia deste e sobre a súa importancia para os bens culturais.

A denominación con que aparece nos instrumentos internacionais  variada (*mbito, contexto, escenario ou ambiente*), pero todas tenen como denominador común que o patrimonio cultural non se conciba como un elemento illado, senón no seu contexto, e, consecuentemente, irá adquirindo un estatuto xurídico propio. Estes documentos insisten en que, ademais de protexer o ben cultural, cómpre tutelar o ambiente urbano ou paisaxístico que o rodea; é dicir, existe unha simbiose ou asociación entre o ben e o contorno.

2 A configuración do contorno na Lei do Patrimonio Histórico Espaol³

Coa aprobación da Lei 16/1985, do 25 de xuno, do Patrimonio Histórico Español (en diante LPHE), a figura do “contorno” aparece ao longo do articulado baixo distintas denominacións: contorno afectado, contorno territorial ou urbano, área territorial ou inmediato contorno. A LPHE non o define directamente. A regulación do artigo 17 é moi concisa, ao establecer que na tramitación dun expediente de declaración de ben de interese cultural dun conxunto histórico deberán considerarse as súas relacións coa área territorial a que pertence, así como a protección de accidentes xeográficos e paraxes naturais que conforman o seu contorno. Por iso, podemos inferir que o contorno está formado por un ámbito definido por accidentes xeográficos e elementos naturais. Ademais, o artigo 18 fixa que un inmovible declarado Ben de Interese Cultural (en diante BIC)  inseparable do seu contorno salvo que resulte imprescindible por causa de forza maior ou de interese social; e o artigo 19 determina a necesidade de autorización previa para realizar obras no contorno afectado pola declaración do ben.

Sintetizando, a LPHE define indirectamente a figura de contorno, somtea a intervención administrativa establecendo a necesidade de autorización previa para realizar obras nel, dispón a necesidade de fixar un contorno na declaración dos bens inmovibles de interese cultural e determina a vinculación física entre contorno e ben ao seren inseparables, salvo condicións excepcionais.

3 Os primeiros contornos na lexislación galega

Tras a aprobación do Estatuto de autonomía de 1981 e a posterior transferencia de competencias en materia de cultura en 1982, quedarán suxeitos a autorización arredor

3 “A inclusión dun espazo ou porción do territorio relativamente independente da obra humana entre os obxectos a protexer pola lexislación protectora do patrimonio histórico baseándose en que posúan algún valor de tipo cultural ten lugar por primeira vez no Real decreto-lei do 9 de agosto de 1926”. (ALONSO IBNEZ, M.R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 39). Posteriormente, tanto a Lei de 1933 como o Decreto do 22 de xullo de 1958 prescribirán a necesidade de autorización de Belas Artes para realización de obras no contorno dos monumentos e conxuntos históricos (ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomo II. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, p. 45).

duns 380⁴ bens declarados de interese cultural nas súas distintas categorías (monumentos, conxuntos históricos, paraxes pintorescas ou xardíns históricos) e baixo a tutela da Administración autonómica⁵. Moitos deles carecían de contorno de protección, especialmente os arqueolóxicos, e non será ata a entrada en vigor das Normas complementarias e subsidiarias de planeamento provincial (en diante NCSPP), ditadas por resolución da Consellería de Ordenación do Territorio e Obras Públicas en 1991, cando o número de bens culturais sobre os que se exercerá algunha tutela se incrementa exponencialmente.

As NCSPP viñeron cubrir un baleiro na ordenación do territorio e planeamento urbanístico nun momento en que a gran maioría dos concellos galegos carecían dalguna figura de planeamento, pero ademais incluían un inventario de bens de diversa natureza que debían ser protexidos (BIC, xacementos arqueolóxicos, elementos etnográficos, patrimonio arquitectónico e relixioso...) e unha ordenanza reguladora. Esta ordenanza regulaba os solos non urbanizables de protección de patrimonio, fixando áreas de protección (vixentes en ausencia de planeamento aprobado) onde era preceptivo o informe previo da Comisión Provincial de Patrimonio con carácter vinculante, establecendo unha franxa de 200 metros medidos desde o elemento ou vestixio máis exterior do ben cando se tratase de restos arqueolóxicos, e, cando varios elementos singulares se articulasen nun conxunto, a franxa trazaríase desde os elementos máis exteriores do conxunto e abranguería a totalidade. A partir deste momento, o número de bens aumentou de xeito cuantitativo, identificándose ao redor de 2.000 xacementos⁶; e tamén cualitativamente, ao harmonizar os contornos para todos aqueles bens que carecían deles, que eran todos agás os conxuntos históricos.

Outro fito será a aprobación do Decreto 430/1991, do 30 de decembro, polo que se regula a tramitación para a declaración de ben de interese cultural e se crea o Rexistro de Bens de Interese Cultural para Galicia⁷, no cal se transcribe e amplía o artigo 17 da LPHE, xa que agora pasan a ser preceptivas na tramitación dos expedientes de declaración de todos os inmobles como BIC, e non unicamente para os conxuntos históricos, as relacións do ben coa súa área territorial á cal pertence, así como a protección dos accidentes xeográficos e elementos naturais que conformen o seu contorno (artigo 5).

Coa aprobación da Lei 8/1995, do 30 de outubro, do patrimonio cultural de Galicia, o contorno delimitase tanto aos expedientes de declaración dos BIC como dos bens

4 Dato tomado do arquivo denominado "Datos en formato abierto y reutilizable de los Bienes de Interés Cultural". Acceso web: <https://www.cultura.gal/es/registro-bienes-interes-cultural> (consultado o 6 de outubro de 2020).

5 Habería que ter en consideración outros bens, caso dos recollidos no Decreto 571/1963, que puña baixo control administrativo (autorización do Ministerio de Educación) o desprazamento ou a autorización de obras ou reparacións de bens, aínda que a incidencia disto non debeu ser de grande impacto.

6 O número exacto de bens é imposible cuantificar, xa que por un lado non existe cartografía asociada ao patrimonio arqueolóxico que permita identificar de que ben se trata, e, por outro, a denominación en ocasións é en plural sen facer referencia ao número de bens, por exemplo: túmulos dolménicos de Trasmonte (parroquia de Trasmonte, Ames) sen saber exactamente o número de túmulos dolménicos a que se refire. O cómputo total de bens ascende a 1.646 e, tendo en conta que en 169 casos se utiliza o plural sen discernir o número exacto de elementos a que fai referencia, estimamos como mínimo que en caso de usar o plural existen dous bens, o que dá unha cifra mínima de 1.815 xacementos. Esta cifra tampouco está exenta de problemas, dado que se relacionan unha serie de bens baixo a epígrafe patrimonio arquitectónico que presentan valores arqueolóxicos, véxase o caso das Torres do Oeste (Catoira) ou a Torre de San Sadurniño (Cambados).

7 DOG n. 14, do 22 de xaneiro de 1992.

catalogados (artigo 19). Os bens catalogados son unha categoría intermedia entre os suxeitos á máxima protección (BIC) e os inventariados. Así mesmo, seguindo o ronsel da LPHE, determina que os bens declarados de interese cultural son inseparables do seu contorno, reforza a prohibición de instalar publicidade, cables, antenas e todo aquilo que impida ou menoscabe a apreciación do ben dentro do seu contorno e amplía máis alá dos xardíns históricos e dos monumentos a sitios ou territorios históricos, zonas arqueolóxicas, lugares de interese etnográfico e zonas paleontolóxicas.

Do mesmo xeito, determínase a necesidade de autorización previa para realizar obras, sinalizacións, instalacións e cambios de usos nos contornos dos bens, e define os elementos constitutivos do contorno para os monumentos establecendo uns criterios técnicos para as actuacións que se realicen nel (volumen, tipoloxía, morfoloxía, cromatismo...); ademais, tipifica como infracción a realización de actuacións nos contornos dos bens, graduando a tipificación en función do nivel de protección dos bens.

Finalmente, recolle dúas cuestións de grande interese: a primeira está relacionada coa incorporación ao Inventario xeral do patrimonio cultural de Galicia daqueles bens recollidos nos catálogos das normas complementarias e subsidiarias de planeamento das provincias da Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra, aprobadas pola Orde da Consellería de Ordenación do Territorio e Obras Públicas do 3 de abril de 1991, así como os contidos nos catálogos de calquera outra figura de planeamento (disposición adicional segunda) e que analizaremos posteriormente algunhas consecuencias a partir súa “desintegración” coa actual lei; e a segunda fixa que, no momento de entrada en vigor da lei, o contorno dun inmovible catalogado que non estea delimitado expresamente por unha figura de planeamento será determinado pola Consellería de Cultura de acordo coa incidencia do ben nas áreas afectadas por el.

Non consta que a consellería con competencias en materia de patrimonio cultural definise contornos dos bens catalogados, polo menos de natureza arqueolóxica. Certo é que, a partir de principios da década dos noventa, comeza a acelerarse a redacción de instrumentos urbanísticos e a redactarse catálogos que timidamente empezan a localizar os xacementos arqueolóxicos e posteriormente a delimitar contornos dos bens arqueolóxicos, aínda que esta delimitación se reducía a expresións xeométricas sinxelas comunmente empregadas en cartografía, tales como puntos ou círculos, e, en moi menor medida, polígonos⁸.

Con posterioridade, publicouse o Decreto 232/2008, sobre o *Inventario xeral do patrimonio cultural de Galicia*⁹, que dedica un artigo aos contornos de protección, establecendo dúas posibilidades: ou ben, no momento de incoación do procedemento, se podería establecer un contorno de protección específico, ou un xenérico, constituído por unha franxa de 200 metros medida desde o elemento ou vestixio máis exterior do ben para o patrimonio arqueolóxico.

8 Sirvan de exemplo o Plan xeral de ordenación urbana de 1994 de Baiona; o de Lugo de 1990, con delimitación poligonal de solos de especial protección para castros e xacementos arqueolóxicos; ou o Plan xeral de ordenación municipal da Coruña de 1998, que incorpora delimitacións específicas de xacementos arqueolóxicos.

9 DOG n. 206, do 23 de outubro de 2008.

4 Os contornos na actual normativa galega do patrimonio cultural

O 16 de agosto de 2016 entra en vigor a actual lei, Lei 5/2016, do 4 de maio, do patrimonio cultural de Galicia (en diante LPCG), que vai achegar moitas novidades respecto do contorno. Vexamos algunhas desas novidades.

Na exposición de motivos argumentase que a norma proporciona unha maior seguridade xurídica en varios aspectos, e entre eles, a concreción dos contornos de protección subsidiarios, evitando a disipación e a disfunción propias do recurso a outros sectores do ordenamento, como o urbanismo, que responden a outras finalidades e a outras lóxicas. Conscientes de que a exposición de motivos non é a parte dispositiva, porén non está exenta de problemas dada a falta de claridade ao presentar incerteza, e interpretarse que estamos ante distintos tipos de contornos segundo se trate do ámbito do patrimonio cultural, urbanístico, ambiental, forestal, etcétera.

Entón xorde a seguinte cuestión: a tutela destes contornos “sectoriais” depende igualmente da intervención administrativa dos órganos sectoriais respectivos ou, pola contra, están suxeitos ao ditame da Administración con competencias en patrimonio cultural? A resposta parece clara, e polo menos así vén sendo cando a autorización sobre contornos de protección de bens culturais no relativo á tutela dos seus valores culturais a exerce a consellería competente en materia de patrimonio cultural, salvo contadas excepcións; por todo iso, resulta pouco clarificador o asunto dos contornos subsidiarios na exposición de motivos.

Mentres a LPHE establecía a necesidade de fixar un contorno nos bens inmoables de interese cultural, agora na LPCG só as categorías de monumentos, zonas arqueolóxicas e vías culturais contarán con contorno de protección, e deixa a porta aberta á posibilidade de establecelo para o resto de categorías atendendo ás súas características, pero sen fixar cales. Resulta salientable que as categorías de xardín histórico, sitio histórico e conxunto histórico, polo menos na categoría de bens de interese cultural, agora non necesiten contorno de protección, desvalorizando a tutela sobre estes bens e abrindo a porta a unha progresiva deterioración da conservación, percepción e comprensión do propio ben.

A LPCG define o contorno de protección introducindo algúns cambios; agora xa non afecta a todas as categorías de bens, senón só a algunhas, aínda que se amplía ao non afectar unicamente aos BIC, senón tamén aos bens catalogados. Introdúcese a obriga nas declaracións ou catalogacións de establecer os límites de uso e os condicionantes necesarios para salvagardar o contorno de protección sen que iso implique a cualificación como ben declarado ou catalogado. O contorno de protección está composto polo espazo e bens nas inmediacións ou arredores do ben que poidan incidir na percepción e comprensión dos valores culturais dos bens no seu contexto ou poida afectar á súa integridade, apreciación ou estudo. Como podemos observar, segue fixándose o contorno segundo a proximidade e como escenario do ben, pero afastándoo da consideración xurídica do ben, establecendo unha clara disociación entre ben e contorno.

Outra das novidades é a introdución da figura de zona de amortecemento, tomada dos instrumentos da UNESCO en relación co Patrimonio Mundial e que establece un ámbito máis amplo de protección para evitar pór en perigo o seu valor universal excepcional. No noso caso establece a posibilidade de delimitar a zona de amortecemento arredor do ben exclusivamente, ou do ben e o contorno, e cuxo obxectivo é reforzar a súa protección e as súas condicións de implantación no territorio segundo establece a norma, malia que podería darse o caso de que naqueles bens que só dispoñan de zona de amortecemento e sen contorno se procedese a unha rebaixa efectiva da protección, dado que as exigencias dentro da zona supletoria de protección son máis laxas.

Outra innovación (art. 22.1.d) é a posibilidade de establecer un novo contorno dentro do ámbito dun ben declarado, sobreenténdese que debe tratarse dun ben de ámbito territorial, ou polo menos un de maior amplitude que o outro, que unha vez declarado é posible declarar de xeito individualizado outro ben no seu interior e, se é o caso, co seu respectivo contorno e zona de amortecemento. Esta situación podería dar lugar a varios conflitos: por exemplo, que unha dobre tutela dunha mesma natureza (patrimonio cultural) sobre un mesmo espazo sometido a un dobre réxime xurídico; é dicir, o mesmo espazo forma parte dun ben declarado de interese cultural e sometido ao propio réxime xurídico dos BIC, pero á vez é contorno e está suxeito ao réxime dos contornos. Se este fose o caso, estaríamos nunha situación en que o ben de maiores dimensións se converte en escenario suxeito a un réxime xurídico máis *soft* ao transformarse en escenario doutro ben de menores dimensións e, consecuentemente, sería algo ilóxico e antixurídico. Outro dos conflitos posibles é a superposición de contornos, que necesitaría ditaminar cal é a prevalencia dun contorno sobre outro que á vez poden protexer a unha mesma categoría de ben.

É de gran relevancia en relación cos contornos ou zonas de amortecemento o artigo 24.3 da LPCG, xa que establece que a delimitación ou modificación do contorno de protección ou zona de amortecemento seguirá o mesmo procedemento previo para a declaración de ben, sen especificar se se trata dos contornos singularizados ou dos subsidiarios, polo que se entende que se refire aos dous. Isto presenta un dilema, sirvan de exemplo os gravados rupestres declarados en 1975 na provincia de Pontevedra, que no seu momento foron declarados sen contorno, pero asumen maioritaria e subsidiariamente o establecido nas NCSPP de 1991, sen entrar a valorar se as áreas de protección son outro tipo de figura allea ao contorno, e que, tras a aprobación do Plan básico autonómico en 2018¹⁰ (en diante PBA), unha parte destes gravados pasan a ter un novo contorno de BIC, saltando o establecido no artigo 24.3 da LPCG.

O artigo 30, relativo aos catálogos urbanísticos de protección de bens integrantes do patrimonio cultural, fixa que os bens inmobles que se recollan singularizados en instrumentos de planeamento urbanístico e ordenación do territorio se integran no Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia, incluído o seu ámbito de protección, salvo que teñan a consideración de bens de interese cultural. Este precepto presenta dúbidas sobre o destino dos contornos singularizados dos bens de interese cultural

10 Decreto 83/2018, do 26 de xullo, polo que se aproba o Plan básico autonómico de Galicia (DOG n. 162, do 27 de agosto de 2018).

que aparezan detallados nos catálogos dos instrumentos urbanísticos e de ordenación do territorio, dado que nada se di deles na LPCG, e tampouco é de aplicación o artigo 38 de contornos de protección subsidiarios.

Outra orixinalidade da norma LPCG son os contornos subsidiarios recollidos no artigo 38, non exentos de problemas na práctica por implicaren certa indefinición nalgunhas cuestións derivadas das medicións de distancias ou identificar o vestixio máis exterior do ben.

Os artigos 39 e 65 establecen que as intervencións que se pretendan realizar nos contornos ou zonas de amortecemento están suxeitas a autorización, coas excepcións previstas na lei. É dicir, hai unha serie de intervencións que non necesitan de autorización expresa, en particular as actuacións forestais suxeitas a autorización única, que só requiren dun informe preceptivo da consellería competente en materia de patrimonio cultural, que establecerá, se é o caso, as condicións a que se deberá suxeitar a intervención e substituirá as autorizacións previstas por esta lei. Trátase dun tema espiñento se temos en conta que se saltan as ordenanzas reguladoras dos instrumentos urbanísticos de multitude de concellos que regulan os solos rústicos de protección patrimonial e nos cales adoita recollese como preceptiva a autorización da consellería competente en materia de patrimonio cultural.

Por outra banda, a disposición adicional undécima fixa a suspensión de obras ou de calquera actuación que supoña a demolición ou destrución parcial de bens integrantes do patrimonio cultural non catalogados ou declarados de interese cultural. Esta disposición podería ser de aplicación aos contornos e zonas de amortecemento por non se tratar de “bens catalogados ou declarados” pero si considerados como elementos do patrimonio cultural, sendo esta unha das características definitorias destes bens híbridos, como son o contorno e as zonas de amortecemento.

Aparentemente, e segundo o artigo 40, no contorno de protección e zona de amortecemento son posibles actuacións de investigación, valorización, mantemento, conservación, consolidación, restauración, rehabilitación, reestruturación, ampliación e reconstrución, pero en ningún caso a construción de novos inmobles, salvo algunha excepcionalidade¹¹; isto resulta estridente en relación co réxime de intervencións no contorno (artigo 45) onde se permiten novas construcións e instalacións ou a implantación ou os cambios de uso que puidesen ter incidencia sobre a apreciación dos bens no territorio, incluídas as repoboacións forestais.

Resulta sorprendente como unha actuación nun contorno que poida perturbar a apreciación do ben cultural sexa susceptible de autorización tendo en conta as características asociadas aos contornos de protección que vimos definindo. A pesar diso, son alentadoras as suxestións que se introducen no artigo 46, relativo aos criterios específicos de intervención no contorno de protección; e vólvese un galimatías ao

11 Concretamente o artigo 44.2 establece que, en caso de que os bens protexidos sexan bens integrantes do patrimonio arquitectónico ou industrial, entón poderá ser autorizado excepcionalmente pola consellería competente en materia de patrimonio cultural outro tipo de intervencións distinto do establecido de forma xeral, nos casos en que se analicen de forma pormenorizada as características e condicións de conservación do ben e o seu contorno de protección, os valores culturais protexidos e as melloras funcionais, sempre que o proxecto de intervención xustifique a súa conveniencia a prol dun maior beneficio para o conxunto do patrimonio cultural de Galicia.

recoller a lei que se poderán expropiar por causa de interese social os inmobles situados no contorno de protección dos bens de interese cultural que atenten contra a súa harmonía ambiental, perturben a súa contemplación ou impliquen un risco para a súa conservación (artigo 51.2); é dicir, podería darse o caso de autorizar unha intervención que poida afectar á apreciación do ben, mentres se acode ao precepto constitucional da función social da propiedade para exercer a potestade expropiatoria sobre un inmovible por perturbar a contemplación dun ben cultural.

Continuando coa tradición normativa, establécese que os bens inmobles de interese cultural son inseparables do seu contorno, salvo que resulte imprescindible por causa de caso fortuíto, forza maior, utilidade pública ou interese social, despois do informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio cultural. E establécese a posibilidade de definir cautelas no que respecta ao subsolo do ben desprazado, en consonancia coa posibilidade de estudo que define o artigo 12, xa que a integridade e observación, os outros dous criterios, son indisolubles do propio ben, por iso deixa aberta a posibilidade de que o ben desprazado poida contar cun novo contorno de protección (artigo 52.3). Existe unha excepción relacionada cos bens etnolóxicos, nos cales o desprazamento dentro do contorno de protección do ben non se considerará traslado nin implicará unha modificación da súa delimitación.

Os plans especiais de protección¹² son instrumentos que teñen por obxecto preservar o medio ambiente, as augas continentais, o litoral costeiro, os espazos naturais, as vías de comunicación, as paisaxes de interese, o patrimonio cultural e outros valores análogos. A declaración como BIC dun conxunto histórico, zona arqueolóxica, lugar de valor etnolóxico ou sitio histórico determinará a obriga para o concello onde radique o ben de redactar un plan especial de protección do ben, e que se poderá estender ao seu contorno de protección e zona de amortecemento (art. 55 LPCG). Como podemos observar, o contorno é susceptible de figurar baixo o paraugas protector dun plan especial para conservar os seus valores determinados por ser o “escenario” do ben cultural.

Da literalidade da disposición adicional segunda da LPCG extráese outra consecuencia vencellada aos contornos: no momento da entrada en vigor da LPCG desaparece o Inventario e os bens que non teñan a consideración de bens de interese cultural pasan ao Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia, pero nada se di dos contornos; e é dubidoso que sexa de aplicación o artigo 30.1, dado o principio de irretroactividade, polo que os seus efectos só operarían despois da súa entrada en vigor e non para aqueles que formasen parte de catálogos urbanísticos previos.

A Lei de patrimonio cultural de Galicia tamén establece como medida de fomento que os investimentos destinados a mellorar as condicións de apreciación do BIC, tanto en actuacións sobre el como sobre o seu contorno de protección, terán a consideración de investimentos sobre o BIC e gozarán de beneficios fiscais.

Para rematar, a LPCG tipifica como infraccións a realización de calquera intervención no contorno de protección sen contar con autorización previa ou contravindo os termos desta, ou o outorgamento por parte das administracións locais de títulos

12 Artigo 71.1 da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia.

habilitantes cando sexan contrarios ao ordenamento xurídico. Tamén está prevista, como medida de resarcimento de danos, a reparación da alteración producida nos contornos de protección.

5 O Plan básico autonómico

O PBA é un instrumento de planeamento urbanístico recollido na Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, e que ten por obxecto delimitar as afeccións derivadas da lexislación sectorial. Será aplicable nos concellos que carezan de Plan xeral de ordenación municipal, e ten carácter complementario para aqueles outros que dispoñan del, suplindo posibles indeterminacións e lagoas do planeamento vixente.

Segundo o artigo 92.2 do Decreto 143/2016, do 22 de setembro, polo que se aproba o Regulamento da lei do solo galega, o PBA identificará todos os bens inmobles do patrimonio cultural, tanto os inscritos no Rexistro de Bens de Interese Cultural de Galicia como no Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia, e os seus contornos de protección e zonas de amortecemento, se é o caso. E o artigo 95 establece que o PBA incluírá entre os seus documentos un catálogo que aparece detallado no artigo 101. Este catálogo recollerá todos os bens inmobles do patrimonio cultural: bens de interese cultural, catalogados, así como aqueles outros que indique motivadamente a consellería competente en materia de patrimonio cultural, incluídos contornos e zonas de amortecemento, se é o caso. Unha consecuencia directa disto é que o Catálogo do PBA contén a relación máis actualizada e totalizadora dos bens do patrimonio cultural.

Coa entrada en vigor do PBA, un número non desdeñable de xacementos arqueolóxicos que carecían dun recoñecemento xurídico previo pasan a formar parte do ámbito de patrimonio cultural, quedando suxeitos a unha tutela xurídica da que carecían. Dito doutro xeito, existían varios miles de xacementos coñecidos grazas a traballos arqueolóxicos previos ou achados que forman parte de inventarios ou catálogos administrativos pero que carecían de recoñecemento xurídico e, en consecuencia, dispuñan dun grao de protección de carácter residual. Nesta situación atopábase un número cuantitativamente importante de petróglifos que, tras a aprobación do PBA, deberían quedar cualificados como BIC¹³, tal como fixan as normativas estatal e autonómica, pero sorprendentemente nin a representación gráfica nin a información recollida no seu catálogo clasifican estes bens como tales¹⁴.

13 Os bens de interese cultural poden ser declarados directamente pola lei (*ex lege*), por anotación mediante resolución administrativa ou a través dun expediente administrativo individualizado. No caso dos primeiros, non nacen da decisión administrativa, senón dun atributo do ben que é requirido por lei, pero para iso necesita da súa inclusión formal nalgún dos instrumentos oficiais que dea constancia do feito; é dicir, necesita dun acto administrativo constitutivo que confirme que o ben en cuestión presenta as características requiridas por lei, momento a partir do cal se proxeckará a tutela xurídica sobre el.

14 Salvo que consideremos que o Catálogo do PBA sexa *sensu stricto* un instrumento e que tampouco conforme unha categoría de protección, senón que o réxime xurídico de protección deriva única e exclusivamente do mecanismo establecido na LPCG, da mesma forma que o Rexistro de BIC "está configurado legalmente como un rexistro público de carácter xurídico e non meramente administrativo, que ten por obxecto a anotación e inscrición dos actos que afecten á identificación e localización dos bens integrantes do Patrimonio Histórico Español declarados expresa e formalmente de interese cultural, e que dá fe dos datos consignados neste para os efectos previstos na Lei 16/1985. Non é un instrumento que encerre actividade de catalogación en sentido estrito. Tampouco conforma unha categoría de protección. O réxime xurídico de protección dos Bens de Interese Cultural deriva única e exclusivamente da declaración formal, por ministerio da lei ou por resolución

Poderíase interpretar que, unha vez producido o acto administrativo constitutivo, pasasen directamente a ter a consideración de BIC por aplicación do artigo 94.2 LPCG, aínda que tamén se podería considerar que estes bens non alcancen os valores e as características que lles son propias ás manifestacións de arte rupestre e, consecuentemente, a súa cualificación xurídica reduciríase a bens integrantes do Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia por aplicación directa do artigo 30.1 LPCG.

O recoñecemento formal prodúcese a partir do mecanismo xurídico fixado no artigo 30.1 da LPCG, ao establecer que os bens inmobles que se recollan individualmente singularizados nos instrumentos de planeamento urbanístico e ordenación do territorio se integran no Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia, incluído, se é o caso, o seu contorno de protección, salvo que teñan a consideración de bens de interese cultural. Este precepto é interesante ao formular que os elementos recollidos nos catálogos e os seus contornos pasan a formar parte do Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia, é dicir, o contorno pasa a formar parte do catálogo, pero sen que iso supoña a súa cualificación como ben catalogado (art. 12.2 LPCG). Poderíamos entón entender que formando parte do catálogo existen elementos, véxase os contornos ou zonas de amortecemento, que forman parte del, pero non teñen a consideración de catalogados. Esta división interna do catálogo parece ser o resultado dunha mala configuración xurídica deste.

Como consecuencia da aprobación do PBA e do seu catálogo, prodúcese unha serie de efectos xurídicos, algúns deles xa comentados (actualización de bens ou actos de recoñecemento formal de novos bens), e doutros relacionados cos contornos de protección. Concretamente, a inmensa maioría dos bens contan agora cun contorno xeométrico de protección dependendo da natureza dos bens, para o caso arqueolóxico de 200 metros, con excepción duns poucos BIC con contornos singularizados, e, a teor do disposto no artigo 30.1 da LPCG, pasan a incorporarse ao catálogo, dándose varias curiosidades:

1) Os bens que formaban parte do Inventario do Patrimonio Cultural de Galicia previamente por figuraren en catálogos de planeamento adoitan contar cun contorno singularizado e ordenanza reguladora.

Tras a aprobación do PBA, súmaselle un novo contorno xeométrico (e non coincidente) e, salvo que sexa de aplicación o punto 2 da disposición derogatoria da LPCG e deixe sen efectos as disposicións urbanísticas (clasificación, ordenanzas e contorno), superpóñense dous contornos formalmente distintos, pero tuitivamente amparados na mesma xustificación, a protección do ben cultural.

2) Os bens que previamente formaban parte do Inventario do Patrimonio Cultural de Galicia por figuraren nas NCSPP contaban con inventario e ordenanza reguladora que fixaba unha área de protección formada por unha franxa de 200 metros de diámetro medida desde o elemento ou vestixio máis exterior do ben.

administrativa. A inscrición no Rexistro non ten, para tales efectos, eficacia constitutiva". (ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (coord.), *Los Catálogos Urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servizo de Publicacións da Universidade de Oviedo, Oviedo, 2004, p. 27).

En cambio, coa aprobación do PBA dispoñen dun novo ámbito de 200 metros de diámetro, pero medidos desde o punto central do ben, e como consecuencia deixa xacementos de grandes dimensións (castros ou explotacións mineiras) practicamente sen contorno efectivo de protección, á vez que proxecta o réxime de protección do contorno sobre o propio ben ao non existir unha clara diferenza formal e xurídica entre contorno e ben. Obviamente, esta situación desvaloriza a protección previa sobre os bens culturais¹⁵, e especialmente sobre os arqueolóxicos, nos cales en ocasións o contorno acaba transmutándose para converterse en xacemento.

3) Poderíamos pensar que os contornos do PBA son os sinalados no artigo 38 LPCG, pero tampouco parece ser o caso, xa que o PBA non distingue entre solos urbanos ou rústicos, nin tampouco se realizan as franxas desde o elemento máis exterior do ben, senón que se trata dun círculo trazado desde un par de coordenadas centrais cun diámetro predeterminado segundo a natureza do ben.

Coa aprobación do PBA, aqueles bens que forman parte do Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia pola desaparición do inventario quedan sometidos a unha enorme incerteza.

Outra cuestión sen resolver e que xera inseguridade xurídica son os BIC con contornos delimitados en instrumentos urbanísticos, xa que non en todos os casos se respectaron no PBA, senón que pasan a ter un contorno xeométrico sen ter en consideración o estipulado no artigo 24.3 LPCG, que establece que a delimitación ou modificación do contorno de protección seguirá o mesmo procedemento previo para a declaración de ben.

Outro hándicap é que o PBA non clasifica solo nin altera as determinacións do planeamento que complementa, e en relación cos bens arqueolóxicos pode ter implicacións na súa conservación; pénsese nun novo xacemento que aparece sobre un espazo clasificado como rústico de especial protección forestal e, unha vez solicitada a autorización autonómica para un aproveitamento forestal, veña condicionada á prohibición de determinadas actividades, como a plantación de novas especies ou que o aproveitamento non sexa pleno; ou a presenza en solos urbanos de bens arqueolóxicos cando ten garantido un aproveitamento urbanístico da parcela abrindo a porta a posibles supostos indemnizatorios.

6 Conclusións

As características que definen o contorno son a relevancia ambiental e o carácter indisociable ou inseparable co ben, así como a tutela e o intervencionismo que exerce a Administración sobre el. Poderíamos considerar que se trata dun ben xurídico híbrido, dada a situación extravagante deste; non é un BIC nin un ben catalogado, pero pode formar parte do Catálogo do Patrimonio Cultural e está suxeito a un maior intervencionismo que os bens censados cuxa actuación sobre eles non está suxeita a autorización.

15 AMOEDO SOUTO, C.A., "La Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollismo", *Revista de Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 21, 2017, p. 24.

Existe unha evidente conexión entre as normas do patrimonio cultural con outros ámbitos normativos, como o urbanístico, pero detéctanse certas incoherencias, como sucede co contorno de protección. Na nosa opinión, o tratamento dos contornos é un proceso descoidado e sobre o que se reflexionou pouco.

Os contornos de protección representados no PBA non teñen encaixe na excepcionalidade regulada no artigo 38 de contornos subsidiarios da LPCG, polo que poderíamos estar ante un ámbito tutelar pero non un contorno de protección, e, dada a prevalencia de normativa sectorial sobre o PBA, os contornos do PBA serían unha ficción. De forma similar, os contornos dos BIC recollidos no PBA estarían a representar outra ficción ao incumpriren os procedementos fixados na propia norma do patrimonio cultural.

Concluindo, deberíanse ter respectado as delimitacións específicas dos bens e dos contornos recollidos nos catálogos dos instrumentos urbanísticos ou de ordenación territorial que ademais contaron para a súa aprobación definitiva co informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio cultural e, para o resto dos bens arqueolóxicos, deberían fixarse criterios de ponderación en relación co seu tamaño.

Bibliografía

- ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomo II. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (coord.), *Los Catálogos Urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servizo de Publicacións da Universidade de Oviedo, Oviedo, 2004.
- AMOEDO SOUTO, C.A., “La Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollismo”, *Revista de Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 21, 2017.
- AYÚS Y RUBIO, M., *Régimen jurídico de los entornos de protección de los bienes de interés cultural*, Universidade de Alacante, Departamento de Estudos Xurídicos do Estado, Alacante, 2012.
- QUEROL FERNÁNDEZ, M.A., *Manual de gestión del patrimonio cultural*, Akal, Madrid, 2010.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 183-203
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4628>
© Juan Francisco Rodríguez Ayuso
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 09/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Principio de autoría nos trámites ante as administracións públicas: adaptación á nova era dixital

Principio de autoría en los trámites ante las administraciones públicas: adaptación a la nueva era digital

Principle of authorship in procedures with public administrations: adapting to the new digital era

60 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO

Profesor de Dereito Administrativo
Coordinador Académico do Máster Universitario en Protección de Datos
Universidade Internacional da Rioxá (UNIR)
<https://orcid.org/0000-0003-4721-1465>
juanfrancisco.rodriguez@unir.net

Resumo: O obxectivo principal deste estudo de investigación consiste en ofrecer unha análise sistemática do consentimento naqueles tratamentos de datos persoais de menores de idade ao abeiro do Regulamento xeral de protección de datos e da Lei orgánica de protección de datos persoais e de garantía de dereitos dixitais. En concreto, ademais de afondar no consentimento como base xurídica fundamental, disecciónanse os contornos esenciais da sinatura electrónica como instrumento máis idóneo para garantir a prestación deste consentimento, facendo especial fincapé nas singularidades que iso presenta cando as que interveñen como responsables do tratamento son as administracións públicas.

Palabras clave: regulamento xeral de protección de datos, tratamento de datos persoais, menores de idade, administracións públicas.

Resumen: El objetivo principal del presente estudio de investigación consiste en ofrecer un análisis sistemático del consentimiento en aquellos tratamientos de datos personales de menores de edad al amparo del Reglamento general de protección de datos y de la Ley orgánica de protección de datos personales y

de garantía de derechos dixitais. En concreto, ademais de profundizar en el consentimiento como base xurídica fundamental, se diseccionan los contornos esenciais de la firma electrónica como instrumento máis idóneo para garantir a prestación de este consentimiento, facendo especial énfasis en las singularidades que ello presenta cuando quienes intervienen como responsables del tratamento son las administracións públicas.

Palabras clave: reglamento general de protección de datos, tratamento de datos persoais, menores de idade, administracións públicas.

Abstract: The main objective of this research study is to offer a systematic analysis of consent in the processing of personal data of minors under the General Data Protection Regulation and the Organic Law on the Protection of Personal Data and the Guarantee of Digital Rights. Specifically, besides studying consent in depth as a fundamental legal basis, we dissect the essential contours of the e-signature as the most suitable instrument for guaranteeing the provision of this consent, focusing on the special features that this presents when those who intervene as controllers are the Public Administrations.

Key words: General Data Protection Regulation, processing personal data, minors, Public Administrations.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Lexitimación no tratamento de datos persoais. 3 Medios de comprobación da idade do menor para garantir a correcta prestación do seu consentimiento no ámbito das administracións públicas. 3.1 Sinatura electrónica xeral. 3.2 Sinatura electrónica avanzada. 3.3 Sinatura electrónica cualificada. 4 Alusións aos menores de idade na normativa actual en materia de protección de datos.

1 Introducción

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, do 27 de abril de 2016, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derroga a Directiva 95/46/CE¹ (en diante, Regulamento xeral de protección de datos ou RXPDP), regula os datos persoais relativos aos menores de idade de forma novidosa, dado que esta cuestión non atopaba alusión específica na normativa precedente, emanada, en gran medida, do réxime considerado na Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 24 de outubro de 1995, relativa á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos² (en diante, DPDP).

Pola súa vez, e co obxecto de adaptar o ordenamento xurídico español ao Regulamento xeral de protección de datos e completar as súas disposicións, xorde a nova Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais³ (en diante, LOPDGDD), que, en virtude da súa disposición derogatoria única, derroga a Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos persoais⁴ (en diante LOPD), e o Real decreto-lei 5/2018, do 27 de xullo, de medidas urxentes para a adaptación do dereito español á normativa da Unión Europea

1 *Diario Oficial da Unión Europea* (en diante, DOUE), Lei 119/1, do 4 de maio de 2016.

2 *Diario Oficial das Comunidades Europeas* (en diante, DOCE), Lei 281/31, do 23 de novembro de 1995.

3 *Boletín Oficial del Estado* (en diante, BOE) n. 294, do 6 de decembro de 2018.

4 BOE n. 298, do 14 de decembro de 1999.

en materia de protección de datos⁵, ademais de cantas disposicións de igual ou inferior rango contradigan, se opoñan ou resulten incompatibles co disposto no RXPDP e na LOPDGD⁶. Esta nova lei orgánica tamén se pronunciará de forma específica e relevante sobre os tratamentos especiais realizados sobre os datos persoais relativos aos menores de idade.

Se atendemos aos instrumentos internacionais máis relevantes, cando falamos de menores de idade, estamos a referirnos a aquelas persoas físicas con idade inferior aos 18 anos, xa que non se emanciparon desde un punto de vista legal con anterioridade a esa idade⁷. Ao longo dos últimos anos, gran parte da doutrina⁸ decantouse por empregar a noción *nenos*, *nenas* e *adolescentes* para facer alusión ás persoas con idade inferior aos 18 anos; non obstante, ao longo destas páxinas, utilizaremos indistintamente as nocións anteriores, igual que as nocións *menores de idade* ou, simplemente, *menor*.

Tamén o Grupo de Traballo do Artigo 29⁹ define estes como aqueles seres humanos no sentido exacto da palabra (que, ademais, teñan menos de 18 anos)¹⁰. Precisamente por iso, un menor de idade deberá gozar de todos os dereitos que lle corresponden a unha persoa, onde se inclúe, obviamente, o dereito fundamental á protección dos seus datos persoais¹¹.

A este respecto, foi o artigo 8 RXPDP o que incluíu, por primeira vez no marco normativo comunitario, unha alusión específica á protección de datos persoais de menores de idade. Neste sentido, nin a directiva derogada nin a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de xullo de 2002, relativa ao tratamento dos datos persoais e á protección da intimidade no sector das comunicacións electrónicas (Directiva sobre a privacidade e as comunicacións electrónicas)¹², incluían mención específica ningunha ao suposto dos menores de idade. Máis alá diso, en España, e sobre a base do dito precepto do RXPDP, nacerán outros tantos que virán explicitar o contido,

5 BOE n. 183, do 30 de xullo de 2018.

6 Con carácter especial, o Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro, polo que se aproba o Regulamento de desenvolvemento da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal (en diante, RDLDPD) –BOE n. 17, do 19 de xaneiro de 2008–. Non obstante, este real decreto non se deroga de forma expresa, de modo que, en todo aquilo que non se opoña ou contradiga ao establecido pola normativa, nacional e comunitaria, actualmente vixente, seguirá sendo plenamente aplicable.

7 ANDREU MARTÍNEZ, B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

8 HIDALGO CERREZO, A., "La protección de datos de los menores de edad. Especial referencia a sus excepciones en materia sanitaria y de educación", *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 15, 2017. PIÑAR REAL, A., "Tratamiento de datos de menores de edad", Piñar Mañas, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 187–204.

9 O Grupo de Traballo do Artigo 29 (GT art. 29) é o grupo de traballo europeo independente que se ocupou de cuestións relacionadas coa protección da privacidade e os datos persoais ata o 25 de maio de 2018 (entrada en aplicación do RXPDP).

10 GRUPO DE TRABALLO DO ARTIGO 29, *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679*, 17/ES, WP260 rev.01, do 29 de novembro de 2017.

11 DURÁN RUIZ, F.J., "El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos", Quesada Páez, A., Moreno Cordero, G., García Garnica, M.C. e Marchal Escalona, N. (dirs.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 480.

12 DOCE Lei 201/37, do 31 de xullo de 2002.

algo máis xenérico, do artigo comunitario; estes serán, en esencia, os artigos 7, 84 e 92, ademais da disposición adicional 19^a, todos eles, repetimos, da nova LOPDGDD.

De acordo con este precepto comunitario, que regula explicitamente as condicións aplicables ao consentimento do neno en relación cos servizos da sociedade da información:

“1. Cando se aplique o artigo 6, apartado 1, letra a), en relación coa oferta directa a nenos de servizos da sociedade da información, o tratamento dos datos persoais dun neno considerárase lícito cando teña como mínimo 16 anos. Se o neno é menor de 16 anos, tal tratamento unicamente se considerará lícito se o consentimento o deu ou autorizou o titular da patria potestade ou tutela sobre o neno, e só na medida en que se deu ou autorizou.

Os Estados membros poderán establecer por lei unha idade inferior a tales fins, sempre que esta non sexa inferior a 13 anos.

2. O responsable do tratamento fará esforzos razoables para verificar en tales casos que o consentimento foi dado ou autorizado polo titular da patria potestade ou tutela sobre o neno, tendo en conta a tecnoloxía dispoñible.

3. O apartado 1 non afectará ás disposicións xerais do dereito contractual dos Estados membros, como as normas relativas á validez, formación ou efectos dos contratos en relación cun neno”.

Malia que con anterioridade á nova normativa en materia de protección de datos persoais non se incluíse unha regulación específica desta cuestión, iso non nos permite afirmar que, ao longo de todo este intervalo de tempo, o tratamento dos datos persoais dos nenos estivese nunha situación de indefinición xurídica, xa que os menores de idade sempre contaron co dereito á intimidade e á protección de datos persoais na súa condición inmanente de persoas físicas, persoas ás que a normativa sempre se aplicou e aplicará, sen distinción ningunha¹³. En consecuencia, os principios xerais recollidos na regulación anterior viñeron sendo de aplicación a todos os casos en que interviñan menores de idade.

Con independencia do anterior, sobra dicir que a nova normativa en materia de protección de datos persoais será de aplicación a todos os menores de idade, sexan ou non de nacionalidade europea, con independencia de cal sexa a súa situación xurídica ou legal no ámbito da Unión Europea¹⁴. Neste sentido, o apartado primeiro do artigo 4 RXPDP¹⁵, ao facer alusión ao concepto de interesado, non establece distinción ou

13 DURÁN RUIZ, F.J., “La necesaria intervención de las administraciones públicas para la preservación del derecho fundamental a la protección de datos de los menores de edad”, Durán Ruiz, F.J. (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Editorial Comares, Granada, 2013. GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., “Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de los menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 11, 2006, pp. 71-88.

14 PALMA ORTIGOSA, A., “Ámbito de aplicación y definiciones del RGPD”, Murga Fernández, J.P., Fernández Scagliusi, M.Á. e Espejo Lerdo de Tejada, M. (dirs.), *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía*, Editorial Reus, Madrid, 2018, pp. 25-38.

15 De acordo con este apartado, interesado será:
“[...] persoa física identificada ou identificable («o interesado»); considerárase persoa física identificable toda persoa cuxa identidade se poida determinar, directa ou indirectamente, en particular mediante un identificador, como por exemplo un nome, un número de identificación, datos de localización, un identificador en liña ou un ou varios elementos propios da identidade física, fisiolóxica, xenética, psíquica, económica, cultural ou social da dita persoa”. Polo tanto, o interesado será titular dos datos persoais obxecto de tratamento.

diferenciación ningunha en atención á nacionalidade ou situación en que se atope a persoa física obxecto de análise; isto, no caso concreto que agora analizamos, presenta unha importancia específica se atendemos ás situacións, cada vez máis frecuentes, de menores de idade procedentes de territorios non comunitarios, aspecto este de gran relevancia, aínda que se sitúa fóra do alcance deste estudo.

En calquera caso, concluiremos dicindo que, como teremos ocasión de analizar, aínda que tanto o RXPd como a nova LOPDGDD inclúan preceptos relacionados co tratamento de datos persoais de menores de idade, son numerosas as alusións efectuadas a nenos ao analizar outros asuntos. Estas alusións atopan a súa xustificación porque os ditos preceptos non perseguen realizar unha regulación íntegra do tratamento de datos persoais relativos a menores (motivo polo cal é necesario integrar as previsións deste artigo co resto da normativa en materia de protección de datos persoais), senón que, unicamente, aborda unha análise daquelas condicións que resultan de aplicación ao consentimento dos menores de idade e sempre que este se produza no ámbito concreto dos servizos da sociedade da información¹⁶.

2 Lexitimación no tratamento de datos persoais

O artigo 8 RXPd regula as condicións que resultan aplicables ao consentimento do menor de idade en relación cos servizos da sociedade da información como base xurídica para o tratamento dos datos persoais que lle corresponden.

Este precepto dispón que, cando o consentimento estea relacionado coa realización dunha oferta directa a menores de idade de servizos da sociedade da información, o tratamento dos datos persoais do neno será lexítimo sempre e cando este teña unha idade superior aos 16 anos. Se o menor de idade ten menos desta idade, ese tratamento tan só se considerará lexítimo se o consentimento en que se basea foi prestado por titular da patria potestade ou tutela sobre o menor de idade e unicamente na medida en que se deu ou autorizou. En calquera caso, isto non afectará ás disposicións xerais do dereito que rexe os contratos nos países integrantes da Unión Europea, tales como as normas relativas á validez, formación ou efectos dos contratos en relación cos menores de idade.

Polo demais, este artigo outórgalles aos Estados membros a facultade de modificar esta idade mínima a través dunha lei interna, sempre e cando esta non sexa inferior aos 13 anos. Ao abeiro desta previsión, nace o artigo 7 da nova LOPDGDD (ademais de artigos como o 84 ou o 92, así como a disposición adicional décima), que altera esta idade mínima, en termos xerais, a 14 anos¹⁷ e faino nas seguintes condicións:

“1. O tratamento dos datos persoais dun menor de idade unicamente poderá fundarse no seu consentimento cando sexa maior de catorce anos.

16 DE LAS HERAS VIVES, L. e BONMATÍ SÁNCHEZ, J., “Consentimiento de los menores de edad”, Arenas Ramiro, M. e Ortega Giménez, A. (dirs.), *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 73-77.

17 Non obstante, na Proposta inicial de LOPDGDD a idade mínima prevista era de 13 anos.

Exceptúanse os supostos en que a lei exixa a asistencia dos titulares da patria potestade ou tutela para a celebración do acto ou negocio xurídico no contexto do cal se solicita o consentimento para o tratamento.

2. O tratamento dos datos dos menores de catorce anos, fundado no consentimento, só será lícito se consta o do titular da patria potestade ou tutela, co alcance que determinen os titulares da patria potestade ou tutela”.

Un aspecto importante é qué debe entenderse por *servizos da sociedade da información*. Ao contrario do que puidese pensarse, o texto normativo encargado de proporcionar unha definición de servizos da sociedade da información non é aquel que regula o seu obxecto. En efecto, a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 8 de xuño de 2000, relativa a determinados aspectos xurídicos dos servizos da sociedade da información, en particular o comercio electrónico no mercado interior (en diante, Directiva sobre o Comercio Electrónico ou DCE)¹⁸, no seu artigo 2.a), efectúa unha remisión ao apartado segundo do artigo 1 da Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 22 de xuño de 1998, pola que se establece un procedemento de información en materia das normas e regulamentacións técnicas¹⁹, modificada, pola súa vez, pola Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 20 de xullo de 1998, que modifica a Directiva 98/34/CE, pola que se establece un procedemento de información en materia das normas e regulamentacións técnicas²⁰.

De acordo con este precepto, será servizo da sociedade da información:

“[...] todo servizo prestado normalmente a cambio dunha remuneración, a distancia, por vía electrónica e a petición individual dun destinatario de servizos”.

Entenderase que é *a distancia* aquel servizo que sexa prestado sen que as partes estean presentes de xeito simultáneo, é dicir, sen a presenza física sincrónica da persoa que presta o servizo da sociedade da información (prestadores de servizos da sociedade da información) e o seu destinatario (destinatarios de servizos da sociedade da información); *por vía electrónica*, cando sexa enviado desde a fonte e recibido polo destinatario de servizos da sociedade da información mediante equipos electrónicos de tratamento (incluída a compresión dixital) e de almacenamento de datos e que se transmite, canaliza e recibe integramente por fíos, radio, medios ópticos ou calquera outro medio electromagnético²¹, e *a petición individual dun destinatario de servizos*, cando sexa este quen solicite que o servizo lle sexa prestado. Por último, o servizo da sociedade da información terá carácter *oneroso* cando as dúas partes intervenientes obteñan algo de xeito recíproco, é dicir, cando tanto os prestadores de servizos da sociedade da información como os destinatarios de servizos da sociedade da información realicen unha prestación a favor da outra parte²².

18 DOCE, Lei 178/1, do 17 de xullo de 2000.

19 DOCE, Lei 204/37, do 21 de xullo de 1998.

20 DOCE, Lei 217/18, do 5 de agosto de 1998.

21 PLAZA PENADÉS, J., “La Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, Plaza Penadés, J., Vázquez de Castro, E., Guillén Catalán, R. e Carbajo Cascón, F. (coords.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 43-102.

22 ALEMÁN MONTERREAL, A., “La protección de datos de menores en el ámbito sanitario: ¿discriminación necesaria?”, *Actualidad Civil*, n. 19, 2011.

Malia esta última afirmación, convén ter presente o contido do considerando 18 DCE, que aclara que os servizos da sociedade da información non cobren unicamente aqueles servizos que dan lugar á contratación en liña, senón que, na medida en que representen unha actividade económica, serán extensivos igualmente a servizos que non son remunerados polos seus destinatarios. En opinión dalgúns autores, é esta natureza onerosa da prestación unha nota esencial, xa que o que se inclúe é toda actividade desenvolvida por vía electrónica e que teña un significado económico, máis alá de que sexa o usuario final, ou non, o que deba pagar o servizo de que se trate²³.

Deste xeito, deberanse entender incluídos dentro da noción de prestadores de servizos da sociedade da información todos aqueles que obteñan ingresos económicos como consecuencia do servizo, xa sexa directamente (como é o caso dos servizos remunerados polos seus destinatarios) ou indirectamente (a través da inclusión de publicidade ou como consecuencia da explotación de datos persoais dos usuarios que se rexistran para acceder ao servizo). Quedarían fóra, pola contra, todos os demais supostos en que caiba apreciar unha ausencia total de actividade económica, como adoita suceder coas páxinas ou blogs de carácter persoal, que deberán ser excluídos do réxime xurídico específico dos prestadores de servizos da sociedade da información.

No noso ordenamento xurídico interno e en termos practicamente idénticos, a Lei 34/2002, do 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e de comercio electrónico²⁴ (en diante, LSSICE), optou tamén por incluír, no apartado a) do seu anexo, unha definición de servizos da sociedade da información. Todos estes servizos, afirma o lexislador español, caracterizaranse por catro aspectos esenciais que deben concorrer acumulativamente: ser prestados a distancia, por vía electrónica, logo de petición individual do destinatario de servizos da sociedade da información e, polo menos habitualmente, a título oneroso. E é aquí onde, con base na exposición de motivos, o apartado terceiro inclúe, dentro do concepto de servizos da sociedade da información, o comercio electrónico, no cal se integrarían dúas actividades fundamentais que agrupan o resto: dun lado, o envío de comunicacións comerciais previas á contratación, que agrupa a subministración de información vía telemática, e, doutro, a contratación electrónica propiamente dita, na cal se subsume tanto a organización e xestión de paxas por medios electrónicos ou de mercados e centros comerciais virtuais como a xestión de compras na Rede por grupos de persoas. Os medios a través dos cales poderá canalizarse esta contratación serán, entre outros, o correo electrónico, a páxina web, a videoconferencia ou o chat.

A eles deberían engadirse, como veremos, aqueles servizos da sociedade da información de intermediación relativos á provisión de acceso á Rede (*Internet service providers*), os que permiten a transmisión de datos por redes de telecomunicacións (*mere conduit* ou *routing*), os concernentes á realización de copia temporal das páxinas de Internet solicitadas polos usuarios (*proxy caching* ou memoria tampón), os que posibilitan o aloxamento, nos propios servidores, de información, servizos ou aplicacións facilitados por outros (aloxamento), os que provén instrumentos de

23 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Editorial Bosch, Barcelona, 2018.

24 BOE n. 166, do 12 de xullo de 2002.

procura ou de ligazóns a outros sitios de Internet (*searching and linking*), os que fan posible tanto a creación, verificación e validación de sinaturas electrónicas, selos electrónicos, selos de tempo electrónicos, servizos de entrega electrónica certificada, certificados relativos a estes servizos e certificados para a autenticación de sitios web como a preservación de sinaturas, selos ou certificados electrónicos relativos a estes servizos (*trust services* –servizos da sociedade da información de intermediación–) ou calquera outro servizo que se preste a petición individual dos usuarios (como a descarga de arquivos ou audio), sempre que representen unha actividade económica para os prestadores de servizos da sociedade da información de intermediación:

Así as cousas, e volvendo ao consentimento do menor de idade, o Regulamento xeral de protección de datos fai unha distinción entre os seguintes posibles supostos²⁵:

1) Aqueles casos en que o menor de idade ten menos de 18 anos e máis de 16 anos, casos en que poderá outorgar o seu consentimento, de tal maneira que, de prestalo, o tratamento que dos seus datos persoais realice o responsable do tratamento será lexítimo.

2) Naqueles supostos de menores de idade de menos de 16 anos, estes non poderán prestar dun xeito válido o seu consentimento. Nestes casos, o consentimento no seu nome deberá prestalo o titular da patria potestade ou tutela sobre o menor de idade.

3) En terceiro lugar, aqueles casos de menores de menos de 16 anos e maiores de 13 anos, os cales estarán facultados para prestar o seu consentimento dun modo válido se así o establecen os Estados membros a nivel interno, como sucede no noso país, ao abeiro, repetimos, do artigo 7 da nova LOPDGDD.

4) Por último, os nenos que teñan menos de 13 anos, os cales en ningún caso estarán habilitados para poder prestar o seu consentimento dunha maneira válida conforme a lei para o tratamento dos seus datos persoais, nin sequera no suposto en que a lei nacional dun Estado membro da Unión Europea o implantase, xa que esta previsión se entendería contraria ao establecido no apartado segundo do artigo 8 RXPDP.

Malia todo o anterior, debemos ter sempre presente que, con carácter xeral, prevalecerá o interese superior do menor. Iso quere dicir que, en supostos de conflito (por exemplo, naqueles casos en que o titular da patria potestade ou tutela sobre o menor de idade preste o seu consentimento en nome do neno interesado para un tratamento dos datos persoais que é claramente pernicioso para os intereses do menor), deberán habilitarse aqueles mecanismos previstos en cada Estado membro para protexer o interese, repetimos, superior, do neno²⁶.

En calquera caso, botamos de menos neste artigo 8 RXPDP algunha previsión en relación co consentimento prestado polo menor de idade ou por titular da patria potestade ou tutela sobre o neno cando non esteamos ante un suposto de oferta dun servizo da sociedade da información, como si fai o artigo 7 LOPDGDD. Neste caso, deixa a dúbida de se podería aplicarse para estes supostos tamén o contido deste precepto

25 BRITO IZQUIERDO, N., "Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos", *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 14, 2017, pp. 17-31.

26 ESCOBAR ROCA, G., *Informe 2016. Tema monográfico: la protección de datos de los menores de edad*, Editorial Trama, Madrid, 2017.

ou non, e, neste último caso, que resposta podería darse, se análoga ou non, ao que dispón o dito artigo 8 RXP, dúbida que desaparece coa entrada en vigor da LOPDGDD.

En calquera caso, na nosa opinión, non parece ser vontade do lexislador comunitario deixar á marxe todos aqueles supostos que poidan concorrer e que respondan a un consentimento do menor, á marxe dunha oferta de servizos da sociedade da información²⁷. É verdade que tería sido moi recomendable que, no contido específico do artigo 8 RXP, se fixese constar esta circunstancia, aínda que, como dicíamos, por extensión ou aplicando unha regra de analoxía ao dito contido, poderíamos entender aplicable o artigo 8 RXP a situacións semellantes. En definitiva, a pesar de que a nova normativa en materia de protección de datos persoais aluda dun xeito específico tan só aos servizos da sociedade da información, non resultaría axeitado entender que, con iso, estarían a quedar fóra do marco regulador outros tantos supostos, certamente semellantes e necesitados tamén de regulación.

Tampouco se inclúe o suposto que nos permita saber que sucede co consentimento cando é prestado polo titular da patria potestade ou tutela sobre o neno nun momento anterior a que este alcance a maioría de idade, cando este, inmediatamente despois, a supere. Descoñecemos, salvo que realicemos un labor interpretativo, que sucedería con este consentimento, é dicir, se sería necesario volver solicitar o consentimento, esta vez directamente do menor, ou sería posible prorrogar os efectos do consentimento manifestado polo titular da tutela ou patria potestade sobre o que, daquela, era neno. Non obstante, entendemos que o lóxico sería volver solicitar o consentimento, xa do interesado, para poder seguir tratando os seus datos persoais²⁸.

3 Medios de comprobación da idade do menor para garantir a correcta prestación do seu consentimento no ámbito das administracións públicas

Unha cuestión que non pode pasar desapercibida se analizamos todas as circunstancias que rodean o tratamento dos datos persoais relativos a menores de idade, como categorías especiais de interesados que son, é o xeito que ten o responsable do tratamento de procurar a verificación da idade do neno para poder corroborar así a prestación do consentimento, xa sexa por este ou polos que exercen a súa patria potestade ou tutela. Como doadamente se pode advertir, esta situación presenta serias dificultades nun contexto como o actual, fortemente imbricado na precitada sociedade da información, onde non se produce a presenza física do menor e, polo tanto, é certamente difícil comprobar a súa idade.

Neste sentido, o artigo 8.2 RXP, que volvemos subscribir pola súa importancia para estes efectos, establece que “[...] o responsable do tratamento fará esforzos razoables para verificar en tales casos que o consentimento foi dado ou autorizado

27 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2019.

28 BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales”, *Actualidad Civil*, n. 5, 2018.

por titular da patria potestade ou tutela sobre o neno, tendo en conta a tecnoloxía dispoñible”. Esta indicación parece aludir aos menores de idade cunha idade inferior aos 16 anos, sendo necesario, nestes casos, que o consentimento sexa prestado ou autorizado por quen exerce a patria potestade ou tutela sobre o menor de idade e soamente na medida en que este consentimento foi prestado ou autorizado. Ademais, indica o precepto, o esforzo levado a cabo polo responsable do tratamento deberá ser razoable, sendo este un concepto xurídico indeterminado que poderá ser matizado dependendo do suposto específico.

No noso país, en 2010, a Axencia Española de Protección de Datos (en diante, AEPD) emitiu un informe²⁹ en que establecía que a normativa daquela vixente en España (LOPD/RDLOPD) non establecía un procedemento específico que tivese que ser seguido polo responsable do tratamento para poder verificar a idade do neno e a consecuente autenticidade do consentimento prestado polos pais, titores ou representantes legais do menor, outorgándolle liberdade ao responsable do tratamento para poder empregar o procedemento que estimase oportuno. Neste sentido, algúns autores³⁰ consideran que este deber do responsable do tratamento se traduce nunha obriga de facer e non nunha obriga de resultado, de xeito que, se o responsable do tratamento articula os procedementos que crea oportunos, os documenta dun modo pertinente e verifica de maneira efectiva o seu cumprimento, sobre el non poderá recaer responsabilidade ningunha derivada, por exemplo, de que o neno falsificase o seu Documento Nacional de Identidade ou fotocopiase o do titular da patria potestade ou tutela sen o consentimento deste³¹. No entanto, parece certamente favorable, de cara a cumprir dun xeito máis adecuado e satisfactorio co principio de responsabilidade proactiva imposto polo RXPd, que o procedemento establecido polos responsables do tratamento sexa razoable á hora de comprobar a identidade do menor de idade, requirindo, preferiblemente, a súa sinatura electrónica.

A sinatura electrónica, regulada na actualidade, con carácter esencial e a nivel comunitario, no Regulamento (UE) n. 910/2014 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de xullo de 2014, relativo á identificación electrónica e os servizos de confianza para as transaccións electrónicas no mercado interior e polo que se derroga a Directiva 1999/93/CE³² (en diante, Regulamento eIDAS ou RIE-SCTE), así como, a nivel nacional, na Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica (en diante, LSE)³³, resulta un instrumento especialmente axeitado para poder acreditar o consentimento a que vimos facendo referencia. A continuación, analizamos a sinatura electrónica desde unha perspectiva legal (máis concretamente, as sinaturas electrónicas, un total de

29 Axencia Española de Protección de Datos, 2010.

30 CUADRA CHIONG, M.M., “La protección de datos personales de los menores de edad”, *Anuario de justicia de menores*, n. 13, 2013, pp. 515-516. GONZÁLEZ MADRID, C., “Los datos de menores en el ámbito de la educación”, *Datospersonales.org: la revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n. 2, 2003, pp. 1-16.

31 GARCÍA HERRERA, V., “El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 20, 2018, pp. 62-71.

32 DOUE, Lei 257/73, do 28 de agosto de 2014.

33 BOE n. 304, do 20 de decembro de 2003.

tres, determinantes de cada unha das tres clases recollidas pola normativa nacional e comunitaria), sobre todo cando o tratamento se produce no ámbito das administracións públicas, especialmente sensibilizadas tras a entrada en vigor da actual Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas³⁴ (en diante, LPACAP)³⁵.

3.1 Sinatura electrónica xeral

O artigo 3.10) RIE-SCTE define de forma xeral a sinatura electrónica como “[...] os datos en formato electrónico anexos a outros datos electrónicos ou asociados de xeito lóxico con eles que utiliza o asinante para asinar”, ou, o que é o mesmo, calquera método ou símbolo baseado en medios electrónicos utilizado ou adoptado por unha parte coa intención de asinar, cumprindo todas ou algunhas das funcións características da sinatura autógrafa. A referencia á súa utilización coa intención de asinar correspóndese coa nova regulación doutros servizos electrónicos de confianza que responden a fins diferentes.

Esta definición pon de manifesto a intención do lexislador comunitario de regular as sinaturas electrónicas en sentido amplo, sen prexuízo de disciplinar con máis detalle modalidades específicas ás que, de xeito gradual, lles atribúe unha especial eficacia xurídica (por orde ascendente, como veremos, sinaturas electrónicas avanzadas e sinaturas electrónicas cualificadas). Así mesmo, trátase dun concepto tecnoloxicamente indefinido³⁶ (principio de neutralidade tecnolóxica), xa que non se refire a ningunha tecnoloxía específica (criptografía, *passwords*, etc.) a través da cal se deba asinar, malia ser certo que será a criptografía asimétrica propia da sinatura dixital a que, de xeito velado, presida o conxunto da norma. Polo demais, os datos que integran a sinatura electrónica poderán formar parte do documento electrónico ou ir asociados formalmente con eles, aparecendo como un conxunto independente. Agora ben, este modo, integrado ou separado, en que, se é o caso, se manifeste a sinatura electrónica dependerá do sistema técnico seleccionado e das aplicacións prácticas con que conte cada modalidade.

De acordo con esta noción xeral, sinatura electrónica podería ser, en termos contractuais, calquera conxunto de datos baseado en medios electrónicos utilizado polo asinante coa intención de asinar, sen especificar (nun intento, considero, por deixar aberta a sinatura electrónica a cantas finalidades lle permitan os sucesivos avances tecnolóxicos) o fin perseguido ao facelo. Incórrese, deste xeito, nunha especie de redundancia un tanto incomprensible, que leva a definir a sinatura electrónica xeral como aquela que utiliza o asinante para asinar.

34 BOE n. 236, do 2 de outubro de 2015.

35 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., “Servicios de confianza en materia de transacciones electrónicas: el nuevo Reglamento europeo 910/2014”, Pérez Gallardo, L.B. (coord.), *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pp. 133-162.

36 MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2004, p. 74.

Neste punto, o Regulamento eIDAS sepárase da definición recollida polo seu precedente, que, proporcionando un concepto de sinatura electrónica simple³⁷ (non xeral), circunscribía o fin común perseguido por toda sinatura electrónica a servir como medio de autenticación^{38,39}. E iso nunha redacción, en principio, discutible^{40,41} e xeradora de confusión, xa que, por ser esta fase de autenticación posterior á de identificación propiamente dita, tería sido mellor optar por esta última⁴². Tampouco se aclara o que debe entenderse por *autenticación* e por *identificación*, o cal nos sitúa ante un concepto xurídico indeterminado susceptible de xerar interpretacións radicalmente distintas⁴³.

Sexa como sexa, o certo é que, con esta nova redacción, a norma europea xera unha confusión en nada desdeñable. En efecto, se coa normativa anterior quedaba delimitado o mínimo que debía cumprir toda sinatura electrónica para ser considerada como tal para os efectos xurídicos (identificación do asinante dunha mensaxe de datos ou autenticación ou acreditación da dita identificación), o RIE-SCTE, malia a plausible intención presumiblemente perseguida, imposibilitalle ao xurista a concreción do elemento que, satisfeito, permita saber cando estamos en presenza dunha sinatura electrónica, por básica ou elemental que sexa. En consecuencia, dentro desta definición terían cabida procedementos múltiples de sinatura, algúns tan complexos como a sinatura dixital baseada na criptografía asimétrica ou a sinatura configurada sobre a base de sistemas biométricos como o iris, a palma da man ou a pegada dactilar e outros tan simples como a plasmación do nome ou outro elemento identificativo incluído ao final dunha mensaxe electrónica, a sinatura manuscrita dixitalizada ou

-
- 37 VALERO TORRIJOS, J. e MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Las bases jurídicas de la modernización tecnológica en las Administraciones públicas", Plaza Penadés, J. (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 479-544.
- 38 CRUZ RIVERO, D., "Las definiciones de firma electrónica en el Real decreto-ley 14/1999, sobre firma electrónica, y el Proyecto de Ley de firma electrónica", Davara Rodríguez, M.Á. (coord.), *XVIII Encuentros sobre Informática y Derecho, 2003-2004*, Universidade Pontificia de Comillas, Madrid, 2014, pp. 127 a 136.
- 39 De acordo con este precepto, por sinatura electrónica entenderanse aqueles "[...] datos en forma electrónica anexos a outros datos electrónicos ou asociados de xeito lóxico con eles, utilizados como medio de autenticación". A orixe do emprego deste termo pola Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de decembro de 1999, pola que se establece un marco comunitario para a sinatura electrónica –DOCE Lei 13/12, do 19 de xaneiro de 2000– (en diante, DSE), remítese directamente ao concepto anglosaxón *authentication*, concibido como a esencia do acto da sinatura, o acto de subscrición do documento.
- 40 CRUZ RIVERO, D., *La firma electrónica reconocida: análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid, 2015. ALAMILLO DOMINGO, I., "Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos", Fernández Ramos, S., Valero Torrijos, J. e Gamero Casado, E. (dirs.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 675-768.
- 41 Non o entende así, en cambio, este autor, quen sostén que, a diferenza da *identificación*, o emprego do termo *autenticación* denota unha actuación consciente de subscribir unha declaración. Pola súa banda, Alamillo Domingo conclúe, nunha interpretación ampla dos dous preceptos (comunitario e nacional), que, con carácter xeral, a DSE e a LSE "[...] permiten o emprego, como sistema de sinatura electrónica, de calquera mecanismo de identificación/autenticación, sempre que este resulte apropiado para o contexto da operación de que se trate, e que só se poderían considerar excluídos da definición legal aqueles sistemas tecnicamente deseñados para seren anónimos".
- 42 O artigo 3.1) RIE-SCTE define a identificación electrónica como o proceso de utilizar os datos de identificación dunha persoa [é dicir, o conxunto de datos que permite establecer a identidade dunha persoa física ou xurídica, ou dunha persoa física que representa unha persoa xurídica –artigo 3.3)–] en formato electrónico, sendo estes os datos que representan de xeito único unha persoa física ou xurídica ou unha persoa física que representa unha persoa xurídica.
- 43 ALAMILLO DOMINGO, I., "Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos", Fernández Ramos, S., Valero Torrijos, J. e Gamero Casado, E. (dirs.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 675-768.

a existencia dunha pregunta-resposta e un PIN de acceso⁴⁴. Resultado do anterior, estamos en condicións de afirmar que, se o fin perseguido é xerar certeza nos que se atopen suxeitos e afectados directa ou indirectamente pola norma, sería máis axeitado reformular o concepto actual de sinatura electrónica xeral e reconducilo, con matices, ao tradicional de sinatura electrónica simple, nunha sorte de definición, sequera algo máis clarificadora ou completa, que podería quedar como segue: *a sinatura electrónica é o conxunto de datos en formato electrónico, anexos a outros datos electrónicos ou asociados de xeito lóxico con eles, que son utilizados, polo menos, como medio de identificación do asinante.*

3.2 Sinatura electrónica avanzada

Elevando as exixencias de calidade e de seguridade da sinatura electrónica, o artigo 3.11) RIE-SCTE introduce o concepto de sinatura electrónica avanzada, entendendo por tal “[...] a sinatura electrónica que cumpre os requisitos recollidos no artigo 26”.

Estes requisitos, suma este último precepto, son os seguintes:

- a) estar vinculada ao asinante de xeito único;
- b) permitir a identificación electrónica do asinante^{45,46} (menor de idade ou titular da patria potestade para, no caso que nos ocupa, prestar o consentimento a tratamentos en que o responsable do tratamento é a Administración pública);
- c) ter sido creada empregando datos de creación de sinatura electrónica que o asinante pode utilizar para a creación dunha sinatura electrónica, cun alto nivel de confianza^{47,48}, baixo o seu control exclusivo, e
- d) estar vinculada cos datos asinados por esta de tal xeito que calquera modificación ulterior destes sexa detectable.

Obsérvase que coas tres primeiras exixencias (vinculación única ao signatario, identificación deste e creación por medios baixo o seu exclusivo control) se persegue garantir a identificación autenticada do autor e evitar o rexeitamento en orixe das mensaxes de datos; en cambio, coa última (vinculación aos datos que permite detectar calquera alteración ulterior), preténdese salvagardar a integridade dos documentos electrónicos.

44 BUONOMO, G. e MERONE, A., “La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)”, *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, n. 1, 2013, pp. 12-22. VATTIER FUENZALIDA, C., “De nuevo sobre el régimen legal de la firma electrónica: estudio del Anteproyecto de 26 de junio de 2002”, *Actualidad Civil*, n. 1, 2003, pp. 137-152.

45 GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, L., “Estudio de la Directiva y del Real decreto-ley de 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica”, Mateu de Ros Cerezo, R. e Cendoya Méndez de Vigo, J.M. (coords.), *Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 207-260.

46 Cabe formularse se esta alusión engade algún matiz distintivo á sinatura electrónica avanzada respecto da sinatura electrónica simple, que como sabemos tamén permite a identificación do asinante. A favor desta tese, o autor referenciado.

47 DÍAZ MORENO, A., “Concepto y eficacia de la firma electrónica en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, n. 2, 2013, pp. 10-32.

48 Coa expresión “[...] pode utilizar, cun alto nivel de confianza”, o RIE-SCTE aproxímase á DSE e á LSE (e afástase do RDLSE, que eliminaba toda probabilidade ao respecto), algo que consideramos acertado, xa que a vinculación entre a sinatura e o asinante é unha vinculación probable, condicionada aos medios técnicos; así, tamén o autor Díaz Moreno.

3.3 Sinatura electrónica cualificada

Por último, o artigo 3.12) RIE-SCTE define a sinatura electrónica cualificada (introducindo unha nova denominación a nivel comunitario daquilo que, xa desde a Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica, se coñecía en España como *sinatura electrónica recoñecida*) como a “[...] sinatura electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de sinaturas electrónicas e que se basea nun certificado cualificado de sinatura electrónica”.

Máis que unha nova modalidade, a sinatura electrónica cualificada constitúe un novo tipo de sinatura electrónica avanzada que, acompañada de determinados elementos que lle imprimen unha maior seguridade (dispositivo cualificado de creación de sinatura electrónica, dunha parte, e certificado cualificado de sinatura electrónica, doutra), terá “[...] un efecto xurídico equivalente ao dunha sinatura manuscrita” (artigo 25.2 RIE-SCTE). Por esta razón, vese investida dun novo *nomen iuris*, coa finalidade de singularizala daqueloutra que, por non ser creada mediante un dispositivo cualificado de creación de sinatura electrónica ou por non se basear nun certificado cualificado de sinatura electrónica (ou por non cumprir ningún destes dous requisitos), non terá efectos legais equiparables, en termos de validez e eficacia, aos da sinatura autógrafa, integrándose baixo o nome de sinatura electrónica avanzada. Esta última, igual que a sinatura electrónica simple e que a sinatura electrónica avanzada baseada nun certificado electrónico cualificado, non se verá privada de efectos xurídicos nin de admisibilidade como proba en procedementos xudiciais polo mero feito de que estea en forma electrónica ou porque non cumpra os requisitos da sinatura electrónica cualificada (art. 25.1 RIE-SCTE), debéndose valorar, en todo caso, cal é a eficacia que teñen, algo que en ocasións pode ser complexo e custoso.

É esta maior seguridade xurídica a que xustifica que o artigo 10 LPACAP, entre os sistemas de sinatura admitidos polas administracións públicas, considere preferente a sinatura electrónica cualificada, de xeito que, de acordo co apartado segundo do dito precepto:

“No caso de que os interesados optasen por relacionarse coas administracións públicas a través de medios electrónicos, consideraranse válidos para os efectos de sinatura:

a) Sistemas de sinatura electrónica cualificada e avanzada baseados en certificados electrónicos cualificados de sinatura electrónica expedidos por prestadores incluídos na «Lista de confianza de prestadores de servizos de certificación”.

4 Alusións aos menores de idade na normativa actual en materia de protección de datos

Tal e como indicamos en páxinas anteriores, son varias as referencias que, ao longo da nova normativa comunitaria en materia de protección de datos persoais, se realizan aos menores de idade. Máis concretamente, estas referencias contéñense nos considerando 38, 58, 65 e 75, ademais de na letra f) do apartado primeiro do artigo 6, o

apartado primeiro do artigo 12, a letra g) do apartado segundo do artigo 40 e a letra b) do apartado primeiro do artigo 57, todos eles do Regulamento xeral de protección de datos. Pola súa banda, tamén se achegarán aspectos relativos aos menores de idade nos artigos 84 e 92, ademais de na disposición adicional 19^a, todos eles da nova Lei orgánica de protección de datos.

Na primeira destas referencias, o considerando 38 RXPDP, atopa, ao final, unha excepción ao consentimento prestado por quen exerce a patria potestade ou tutela sobre o neno. De acordo con este considerando, o consentimento prestado por titular da patria potestade ou tutela non deberá ser indispensable no marco de servizos de carácter preventivo ou de asesoramento, propostos dun modo directo aos menores de idade.

Pola súa parte, conectado dun xeito inmanente ao principio de transparencia do artigo 5.1.a) RXPDP⁴⁹, atópase o considerando 58 RXPDP, que, ao analizar o conxunto de circunstancias que deberán ser informadas aos interesados, contempla que, cando esta información abranga tratamentos que aluden a menores de idade, será necesario que se lles proporcione esta información nunha linguaxe clara e sinxela, que resulte accesible ao neno.

En terceiro lugar, o considerando 65 RXPDP, referíndose ao dereito de supresión, prevé o suposto do consentimento, no seu día, prestado polo menor de idade e que, con carácter ulterior, pretende ser suprimido por este. Neste contexto, indica o dito considerando que o interesado deberá poder contar con esta facultade mesmo cando, no momento de exercer o dereito precitado, xa alcanzase os 18 anos de idade.

Unha última análise no que aos considerandos da normativa comunitaria sobre protección de datos se refire lévanos a analizar o considerando 75 RXPDP. Unha das novidades que incorpora o RXPDP é a perspectiva do risco, en virtude da cal será necesario realizar unha análise de riscos previa ao tratamento para poder determinar o conxunto de medidas de seguridade axeitadas a ese tratamento. Neste sentido, o citado considerando establece unha serie de aspectos que poden implicar situacións de risco en relación co tratamento dos datos persoais do interesado, aludindo, entre estas situacións ou aspectos concretos, a aqueles tratamentos que afecten a persoas especialmente vulnerables, en particular a menores de idade. Iso garda relación co disposto no artigo 9 RXPDP, que regula o tratamento de categorías especiais de datos persoais (datos persoais que revelen a orixe étnica ou racial, as opinións políticas, as conviccións relixiosas ou filosóficas, ou a afiliación sindical, e o tratamento de datos xenéticos, datos biométricos dirixidos a identificar de maneira unívoca a unha persoa física, datos relativos á saúde ou datos relativos á vida sexual ou a orientación sexual dunha persoa física), onde, a pesar do disposto anteriormente, non se realiza alusión ningunha aos datos persoais relativos ao neno, o que nos leva a afirmar que os datos persoais de menores de idade non terán a consideración de categorías especiais de datos persoais, con independencia de que este tipo de tratamentos estea suxeito a

49 TRONCOSO REIGADA, A., "Transparencia administrativa y protección de datos personales", Troncoso Reigada, A. (coord.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales: celebrado el día 28 de octubre de 2008 en la Real Casa de Correos de Madrid*, Editorial Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008, pp. 23-188.

determinadas especificidades que buscan protexer con maior intensidade os dereitos que corresponden a esta categoría especial de interesados. Iso permitiríanos afirmar que, conectado co artigo 24 RXPDP (que regula a responsabilidade do responsable do tratamento – neste caso, as administracións públicas –), será precisa a adopción de medidas técnicas e organizativas axeitadas para protexer, cumprir e poder demostrar o cumprimento do tratamento realizado sobre os datos persoais de menores de idade.

En canto aos artigos, o primeiro deles é o artigo 6 RXPDP, cuxa letra f), situada no seu apartado primeiro, alude ao tratamento imprescindible para poder satisfacer intereses lexítimos perseguidos polo responsable do tratamento, sendo, nestes casos, necesario que tales intereses lexítimos nunca predominen sobre os intereses ou os dereitos e liberdades fundamentais do interesado que exixan garantir os seus datos persoais, en especial naqueles casos en que esteamos en presenza de menores de idade⁵⁰. En definitiva, o responsable do tratamento poderá lexitimizar o tratamento que realice dos datos persoais do interesado, mesmo cando este sexa un neno, con base no interese lexítimo perseguido, sempre que este interese lexítimo nunca prevaleza sobre aquel que corresponde ao interesado, en especial cando o interesado sexa unha persoa especialmente vulnerable, como pode ser un menor de idade.

Non obstante, e no que aquí nos interesa, esta base xurídica atopa unha excepción naqueles casos en que o tratamento sexa realizado por autoridades públicas no desempeño das funcións que lle son propias. Neste caso, enténdese que, aínda tratándose de menores de idade, podería non operar a salvagarda de protección prevista no inciso final do artigo 6.1.f) RXPDP, de xeito que, cando o responsable do tratamento sexa unha autoridade pública e estea a desempeñar as funcións que lle corresponden, prevalecerá o interese lexítimo perseguido pola devandita autoridade en lugar do interese lexítimo do interesado, neste caso, do menor de idade.

En segundo lugar, atópase o apartado primeiro do artigo 12 RXPDP, que regula a transparencia á hora de proporcionar información acerca das circunstancias que rodean o tratamento dos datos persoais e os dereitos que lle corresponden ao interesado. Pois ben, este apartado dispón que a información a facilitar ao interesado deberá ser especialmente concisa, transparente, intelixible, de doado acceso e cunha linguaxe clara e sinxela cando o interesado sexa un menor de idade.

En terceiro lugar, a letra g) do apartado segundo do artigo 40 RXPDP, conectado co punto anterior, establece que a información a subministrar aos menores de idade e a protección que sobre eles deberá recaer, así como o xeito de solicitar o consentimento dos que exercen como titulares da patria potestade ou tutela sobre o menor, constitúe aspectos que o Regulamento xeral de protección de datos busca incorporar nos códigos de conduta que, de conformidade co dito precepto, deberán promover os distintos países que integran a Unión Europea, as autoridades de control, o Comité e a Comisión.

Por último a letra b) do apartado primeiro do artigo 57 RXPDP, ao falar das funcións que lle corresponden á autoridade de control, establece que, con independencia de

50 FERNÁNDEZ SAMANIEGO, J. e FERNÁNDEZ LONGORIA, P., “El interés legítimo como principio para legitimar el tratamiento de datos”, Rallo Lombarte, A. (coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 169-196.

calquera outras que se lles atribúen noutros apartados da normativa en materia de protección de datos persoais, deberán ser un total de 22, de entre as cales se inclúe unha segunda, que fai especial referencia á atención que cumprirá mostrar naquelas actividades encamiñadas de modo específico aos menores de idade con efecto de facilitar a súa mellor sensibilización e comprensión acerca dos riscos, normas, garantías e dereitos relacionados co tratamento dos seus datos persoais⁵¹.

Pola súa banda, no noso ordenamento xurídico interno atopamos, en primeiro lugar, o artigo 84 LOPDGDD, que establece que os pais, nais, titores, curadores ou representantes legais procurarán que os menores de idade fagan un uso equilibrado e responsable dos dispositivos dixitais e dos servizos da sociedade da información, co obxectivo de garantir o axeitado desenvolvemento da súa personalidade e preservar a súa dignidade e os seus dereitos fundamentais. De igual maneira, a utilización ou difusión de imaxes ou información persoal de menores nas redes sociais e servizos da sociedade da información equivalentes que poidan implicar unha intromisión ilexítima nos seus dereitos fundamentais determinará a intervención do Ministerio Fiscal, que instará as medidas cautelares e de protección previstas na Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor, de modificación parcial do Código civil e da Lei de axuizamento civil⁵².

Pola súa banda, o artigo 92 LOPDGDD engade que:

“Os centros educativos e calquera persoa física ou xurídica que desenvolva actividades en que participen menores de idade garantirán a protección do interese superior do menor e os seus dereitos fundamentais, especialmente o dereito á protección de datos persoais, na publicación ou difusión dos seus datos persoais a través de servizos da sociedade da información. Cando a dita publicación ou difusión fose ter lugar a través de servizos de redes sociais ou servizos equivalentes, deberán contar co consentimento do menor ou os seus representantes legais, conforme o prescrito no artigo 7 desta lei orgánica”.

Por último, a disposición adicional décimo novena LOPDGDD conclúe indicando que, no prazo dun ano desde a entrada en vigor desta lei orgánica, o Goberno remitirá ao Congreso dos Deputados un proxecto de lei dirixido especificamente a garantir os dereitos dos menores ante o impacto de Internet, co fin de garantir a súa seguridade e loitar contra a discriminación e a violencia que sobre estes é exercida mediante as novas tecnoloxías.

En definitiva como puidemos observar nas liñas anteriores son numerosas as alusións e referencias que, de cara a protexer os dereitos e liberdades do interesado menor de idade, se establecen na nova normativa en materia de protección de datos persoais, outorgando e garantindo unha mellor conservación a esta categoría especial de interesados.

De todo iso dedúcese a necesidade, por parte das institucións comunitarias, de protexer os datos persoais dos menores de idade por medio da aplicación dunha serie

51 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2020.

52 BOE n. 15, do 17 de xaneiro de 1996.

de principios que deberán estar vixentes á hora de obter os datos persoais correspondentes a este grupo de interesados:

a) Os nenos non poderán proporcionar información persoal relativa a outros interesados.

b) Para poder realizar transferencias de datos persoais correspondentes a menores de idade a países terceiros ou organizacións internacionais, será preciso solicitar o consentimento explícito e demostrable dos que exercen a patria potestade ou tutela sobre o neno, que, como vimos, se deberá realizar por medio de instrumentos que garantan de forma segura a prestación deste, en especial, a sinatura electrónica.

c) Está prohibido inducir os menores de idade ao proporcionar información de carácter persoal a través da consecución de premios ou alicientes semellantes.

d) Será necesario acoutar temporalmente a validez do consentimento prestado polos que exercen a patria potestade ou tutela sobre o neno.

Bibliografía

- ALAMILLO DOMINGO, I., “Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, Fernández Ramos, S., Valero Torrijos, J. e Gamero Casado, E. (dirs.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ALEMÁN MONTERREAL, A., “La protección de datos de menores en el ámbito sanitario: ¿discriminación necesaria?”, *Actualidad Civil*, n. 19, 2011.
- ANDREU MARTÍNEZ, B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ARIAS POU, M., *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Las Rozas, 2006.
- BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 14, 2017.
- BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales”, *Actualidad Civil*, n. 5, 2018.
- BUONOMO, G. e MERONE, A., “La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)”, *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, n. 1, 2013.
- CRUZ RIVERO, D., “Las definiciones de firma electrónica en el Real Decreto-ley 14/1999, sobre firma electrónica, y el Proyecto de Ley de firma electrónica”, Davara Rodríguez, M.Á. (coord.), *XVIII Encuentros sobre Informática y Derecho*, 2003-2004, Universidade Pontificia de Comillas, Madrid, 2014.
- CRUZ RIVERO, D., *La firma electrónica reconocida: análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- CUADRA CHIONG, M.M., “La protección de datos personales de los menores de edad”, *Anuario de justicia de menores*, n. 13, 2013.
- DE LAS HERAS VIVES, L. e BONMATÍ SÁNCHEZ, J., “Consentimiento de los menores de edad”, Arenas Ramiro, M. e Ortega Giménez, A. (dirs.), *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019.
- DÍAZ MORENO, A., “Concepto y eficacia de la firma electrónica en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, n. 2, 2013.
- DURÁN RUIZ, F.J., “La necesaria intervención de las administraciones públicas para la preservación del derecho fundamental a la protección de datos de los menores de edad”, Durán Ruiz, F.J. (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Editorial Comares, Granada, 2013.
- DURÁN RUIZ, F.J., “El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos”, Quesada Páez, A., Moreno Cordero, G., García Garnica, M.C. e Marchal Escalona, N. (dirs.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- ESCOBAR ROCA, G., *Informe 2016. Tema monográfico: la protección de datos de los menores de edad*, Editorial Trama, Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ SAMANIEGO, J. e FERNÁNDEZ LONGORIA, P., “El interés legítimo como principio para legitimar el tratamiento de datos”, Rallo Lombarte, A. (coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GARCÍA HERRERA, V., “El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 20, 2018.
- GARCÍA MÁS, F.J., “El documento público electrónico (1)”, Escolano Navarro, J.J. (coord.), *Nuevas tecnologías en la contratación, sociedad nueva empresa e hipoteca electrónica: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio de 2003*, Civitas, Madrid, 2005.
- GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., “Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de los menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 11, 2006.
- GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, L., “Estudio de la Directiva y del Real Decreto-Ley de 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica”, Mateu de Ros Cerezo, R. e Cendoya Méndez de Vigo, J.M. (coords.), *Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- GONZÁLEZ MADRID, C., “Los datos de menores en el ámbito de la educación”, *Datospersonales.org: la revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n. 2, 2003.
- GUILLÉN CATALÁN, R., “Los retos de la sociedad ante la protección de datos de los menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 20, 2015.
- GRUPO DE TRABAJO DO ARTIGO 29, *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679*, 17/ES, WP260 rev.01, de 29 de novembro de 2017.
- HIDALGO CERESO, A., “La protección de datos de los menores de edad. Especial referencia a sus excepciones en materia sanitaria y de educación”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 15, 2017.
- MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2004.
- PALMA ORTIGOSA, A., “Ámbito de aplicación y definiciones del RGPD”, Murga Fernández, J.P., Fernández Scagliusi, M.Á. e Espejo Lerdo de Tejada, M. (dirs.), *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía*, Editorial Reus, Madrid, 2018.
- PIÑAR REAL, A., “Tratamiento de datos de menores de edad”, Piñar Mañas, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2016.
- PLAZA PENADÉS, J., “La Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, Plaza Penadés, J., Vázquez de Castro, E., Guillén Catalán, R. e Carbajo Cascón, F. (coords.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., “Servicios de confianza en materia de transacciones electrónicas: el nuevo Reglamento europeo 910/2014”, Pérez Gallardo, L.B. (coord.), *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*, Editorial Reus, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Editorial Bosch, Barcelona, 2018.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2019.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2020.
- TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia administrativa y protección de datos personales”, Troncoso Reigada, A. (coord.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales: celebrado el día 28 de octubre de 2008 en la Real Casa de Correos de Madrid*, Editorial Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008.
- VALERO TORRIJOS, J. e MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Las bases jurídicas de la modernización tecnológica en las Administraciones públicas”, Plaza Penadés, J. (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

VATTIER FUENZALIDA, C., “De nuevo sobre el régimen legal de la firma electrónica: estudio del Anteproyecto de 26 de junio de 2002”, *Actualidad Civil*, n. 1, 2003.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 205-217
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4366>
© Patricia Iglesias Rey
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 22/05/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A integridade na contratación pública. O papel do Consello de Contas de Galicia na prevención da corrupción e na xestión de riscos na contratación pública

La integridad en la contratación pública. El papel del Consello de Contas de Galicia en la prevención de la corrupción y en la gestión de riesgos en la contratación pública

Integrity in public procurement. The role of the Consello de Contas de Galicia in the prevention of corruption and risk management in public procurement

PATRICIA IGLESIAS REY

Letrada da Xunta de Galicia

Letrada maior do Consello de Contas de Galicia

patricia.iglesias.rey@xunta.es

60 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resumo: Unha das pedras angulares do novo modelo de contratación pública imposto pola Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), é a aposta polo principio de integridade na contratación. Neste sentido, a LCSP regulou novas obrigas para os órganos de contratación, agora responsables de prever os riscos de corrupción, fraude e outras irregularidades na xestión da compra pública, e detectar e responder ás prácticas que materializan estes riscos. Deste xeito, para implantar unha adecuada política de integridade, resulta necesario levar a cabo unha política de xestión de riscos na contratación, mediante a súa análise, identificación e adopción de medidas preventivas no ámbito do sector público. A definición dun mapa de riscos como elemento de integridade ofrece a posibilidade de identificar tanto as medidas preventivas como as de continxencia e resposta en función do dito risco, fixándose como obxectivo localizar, describir, categorizar e priorizar, en función da súa gravidade e probabilidade, o conxunto de riscos que unha institución terá que xestionar. Nestas notas, a miña pretensión é presentarvos, desde un punto de vista técnico-xurídico, o traballo que elaborou a Comisión Técnica de Prevención da Corrupción

do Consello de Contas de Galicia (CTPC), pero circunscrito ao ámbito da contratación pública e que culminou coa elaboración do Documento número 5, intitulado *Catálogo de riscos por área de actividade*, publicada e de libre acceso na páxina web do Consello de Contas de Galicia (CCG) desde o 24 de xullo de 2019¹.

Palabras clave: integridade, xestión do risco, Consello de Contas de Galicia, prevención, control, contratación pública, medidas de mellora.

Resumen: Una de las piedras angulares del nuevo modelo de contratación pública impuesto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), es la apuesta por el principio de integridad en la contratación. En este sentido, la LCSP ha regulado nuevas obligaciones para los órganos de contratación, ahora responsables de prevenir los riesgos de corrupción, fraude y otras irregularidades en la gestión de la compra pública, y detectar y responder a las prácticas que materializan estos riesgos. De este modo, para implantar una adecuada política de integridad, resulta necesario llevar a cabo una política de gestión de riesgos en la contratación, mediante su análisis, identificación y adopción de medidas preventivas en el ámbito del sector público. La definición de un mapa de riesgos como elemento de integridad ofrece la posibilidad de identificar tanto las medidas preventivas como las de contingencia y respuesta en función de dicho riesgo, fijándose como objetivo localizar, describir, categorizar y priorizar, en función de su gravedad y probabilidad, el conjunto de riesgos que una institución tendrá que gestionar. En estas notas, mi pretensión es presentarlos, desde un punto de vista técnico jurídico, el trabajo que ha elaborado la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción del Consello de Contas de Galicia (CTPC), pero circunscrito al ámbito de la contratación pública y que culminó con la elaboración del Documento número 5 intitulado *Catálogo de riesgos por área de actividad*, publicado y de libre acceso en la página web del Consello de Contas de Galicia (CCG) desde el 24 de julio de 2019.

Palabras clave: integridad, gestión del riesgo, Consello de Contas de Galicia, prevención, control, contratación pública, medidas de mejora.

Abstract: One of the cornerstones of the new public procurement model imposed by Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts (LCSP) is the commitment to the principle of integrity in procurement. In this sense, the LCSP has regulated new obligations for the contracting bodies, now responsible for preventing the risks of corruption, fraud and other irregularities in the management of public procurement and detecting and responding to the practices that materialize these risks. Thus, to implement an adequate integrity policy, it is necessary to carry out a risk management policy in contracting, through its analysis, identification and adoption of preventive measures in the public sector. The definition of a risk map as an element of integrity offers the possibility of identifying both preventive measures, as well as contingency and response measures based on said risk, setting itself the objective of locating, describing, categorizing, and prioritizing, based on their seriousness and probability, the set of risks that an institution will have to manage. In these notes, my intention is to present to you, from a technical-legal point of view, the work that has been prepared by the Technical Commission for the Prevention of Corruption in the Consello de Contas de Galicia (CTPC), but limited to public procurement and which culminated in the preparation of Document number 5 entitled Catalog of risks by area of activity, published and freely accessible on the website of the Consello de Contas de Galicia (CCG) from July 24, 2019.

Key words: integrity, risk management, Consello de Contas de Galicia, prevention, control, public procurement, improvement measures.

SUMARIO: 1 Introducción: a decidida aposta da normativa de contratación pública co principio de integridade. 2 A pesar dos controis existentes, é necesario xestionar o risco na contratación pública? 3 O catálogo de riscos elaborado pola Comisión Técnica de Prevención da Corrupción do Consello de Contas de Galicia.

1 Acceso ao documento *Catálogo de riscos por área de actividade* o 7 de maio de 2020 na páxina web <http://www.consellodecontas.es>.

1 Introducción: a decidida aposta da normativa de contratación pública co principio de integridade

Estas notas están dedicadas á memoria da miña amiga, unha muller valente, íntegra e xenerosa. Á miña mestra: dona Beatriz Rodríguez Fraga, conselleira da Área de Institucional do Consello de Contas de Galicia. DEP (13-08-2019). *“Existen persoas que nos inspiran, outras que nos ensinan algo novo e existen aquelas que simplemente, sen pedir permiso, tocan a nosa alma. Son amizades feitas de silencios comprendidos... De simpatías mutuas sen explicación”*. O Principiño, de Antoine de Saint-Exupéry.

Cando se publiquen estas notas, seguramente se teña levantado o estado de alarma no noso país, polo que cómpre botar a vista atrás e situarnos na realidade que se viviu nun pasado moi inmediato. Simplemente observando o *statu quo* da percepción da actividade de contratación pública en España, pódese constatar que é un feito obxectivo que a corrupción pública sexa percibida polos españois como un dos maiores problemas sociais². Esta percepción por si soa xera desalento respecto ao progreso social e desafección cara ás institucións democráticas, todo iso sen contar que a corrupción real, sexa percibida ou non como problema, desvía a Administración de servir os intereses públicos, dilapida os recursos comúns e acaba xerando unha cultura empresarial máis proclive a investir en subornos que en tecnoloxía e melloras no desenvolvemento do negocio. O problema das irregularidades, fraudes e corrupción na contratación parece percibirse como un asunto exclusivamente penal, de reacción ante o delito. Esta visión, na miña opinión, resulta equivocada porque debe primar o “principio de intervención mínima” do dereito penal por ser precisamente un dereito que implica que as sancións penais se han de limitar ao círculo do indispensable, en beneficio doutras sancións ou mesmo da tolerancia dos ilícitos máis leves ou meras irregularidades administrativas que poden ser supervisadas polo procedemento administrativo sancionador ou mitigadas por unha xestión preventiva e eficaz dos riscos na contratación para minimizar as continxencias en caso de sucederen.

A preocupación da Unión Europea pola corrupción na contratación pública non é unha novidade recente. Constatouna xa o Parlamento Europeo nunha Resolución do 6 de maio de 2010, onde afirmaba que “o sector da contratación pública é o máis exposto aos riscos de xestión irregular, fraude e corrupción e que estas condutas ilícitas distorsionan o mercado, provocan un aumento dos prezos e das tarifas aboadas polos consumidores para a adquisición de bens e servizos, e xeran desconfianza respecto á Unión Europea”³. Entre 2014 e 2017 aprobáronse as normas que articulan este paso da recomendación á obriga de prever os riscos para a integridade na contratación pública:

2 Segundo o estudo realizado por Transparencia Internacional España, que se fixo público o 29 de xaneiro de 2019. España ocupa a posición 41 entre os 180 países estudados no impacto de Percepción da Corrupción (IPC). Por outro lado, España sitúase no posto número 20 entre os 28 países da Unión Europea. Malia esta leve mellora na puntuación, hai que destacar que España se atopa por debaixo de Chipre e da República Checa, países cos que compartía a mesma puntuación o ano pasado. Acceso web: <https://transparencia.org.es/espana-mejora-levemente-en-el-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2018/> (consultado o 7 de maio de 2020).

3 Resolución do Parlamento Europeo do 6 de maio de 2010: punto 27 da Resolución. “Segundo Strombom (1998), os custos engadidos ao contrato poden chegar a alcanzar o 20% ou 25%, pero nalgúns casos elévanse ata o 50% do custo total do contrato”.

corrupción, fraude ou calquera irregularidade que, a pesar de non se producir coa intención de obter un beneficio privado ilexítimo, provoque prexuízos ás institucións públicas ou ao interese xeral. O mesmo ano 2014 en que a Comisión Europea publicaba o informe monográfico sobre corrupción antes citado, aprobábase unha nova xeración de directivas sobre contratación pública e concesións, aliñadas con esta prioridade de prevención e loita contra a corrupción. En particular, a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública, establecía xa varias obrigas dos Estados membros en sentido preventivo.

Finalmente, coa aprobación da LCSP pola cal 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, impóñenselles, como anticipamos, novas obrigas en materia de prevención e loita contra a corrupción, a fraude e outras irregularidades aos órganos de contratación. Do texto desta nova LCSP despréndese unha maior conciencia sobre a necesidade de avanzar na prevención dos riscos para a integridade na contratación pública, e que podemos sintetizar nas seguintes medidas:

1ª. Introduciuse o principio de integridade entre os principios que deben rexer a actuación dos servidores públicos para asegurar a eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, á adquisición de bens e á contratación de servizos (art. 1).

2ª. Incrementáronse as obrigas de transparencia activa ao longo do ciclo de vida dos contratos (art. 63), como medida preventiva transversal para os riscos para a integridade na contratación pública.

3ª. A LCSP estableceu a obriga dos órganos de contratación de adoptar “as medidas axeitadas para loitar contra a fraude, o favoritismo e a corrupción, e previr, detectar e solucionar de modo efectivo os conflitos de interese que poidan xurdir nos procedementos de licitación, co fin de evitar calquera distorsión da competencia e garantir a transparencia no procedemento e a igualdade de trato a todos os candidatos e licitadores” (art. 64.1).

4ª. Regulou unha definición de conflito de interese bastante ampla para incluír calquera tipo de conflito de interese (real, potencial ou aparente) en que se poida atopar un servidor público (art. 64.2).

5ª. Fixou a obriga para calquera persoa ou entidade que teña coñecemento dun posible conflito de interese de o pór en coñecemento dos órganos de contratación (art. 64.2), medida preventiva que facilita a detección de intereses particulares que poden chegar a nesgar as decisións públicas ao longo de todo o procedemento de contratación⁴.

6ª. Ampliou as prohibicións de contratar para recoller explicitamente tipos penais que sancionan actos de corrupción, como por exemplo a corrupción nos negocios (non só nas transaccións internacionais), a prevaricación, a malversación, as negociacións prohibidas a funcionarios ou o branqueo de capitais, por pór algúns exemplos (art. 71).

4 Non obstante, a parquidade regulatoria do artigo 64 da LCSP exige un esforzo para a adopción de medidas concretas e efectivas para a xestión do risco derivado dos conflitos de intereses, que se presenta como un risco constante en calquera das fases do procedemento de licitación, e para iso cómpre discriminar as accións necesarias para previr, detectar, xestionar e sancionar o dito risco.

7ª. Regulou por primeira vez a práctica de consultar o mercado antes do inicio do expediente de contratación (art. 115) cunhas obrigas mínimas de transparencia e documentación destas prácticas (informe final das actuacións realizadas, motivado, e que deberá formar parte do expediente de contratación coas mesmas obrigas de publicidade activa que os pregos).

8ª. Creou, como medida preventiva para velar pola boa gobernanza, unha institución estatal, a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación.

A nivel de organismos internacionais, a xestión de riscos móstrase como unha tarefa esencial se realmente os poderes adxudicadores queren perseguir unha mellora, en termos de eficiencia e eficacia, no ciclo de vida da contratación pública. A propia Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico (OCDE)⁵ recoméndalles aos gobernos e administracións en relación coa contratación pública que “se avalíen de forma periódica e sistemática os resultados dos procedementos de contratación; se desenvolvan indicadores de rendemento, eficacia e aforro na contratación pública; se elaboren ferramentas de avaliación de riscos que permitan identificar e xestionar ameazas ao sistema de contratación pública e se dean a coñecer as estratexias de xestión de riscos na contratación pública”.

Do mesmo xeito, a Convención das Nacións Unidas contra a Corrupción (tratado adoptado o 31 de outubro de 2003⁶ pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas) tamén é boa mostra da necesidade de apostar por esta estratexia bifronte e dedica gran parte do seu articulado a establecer medidas de tipo preventivo que deben ser adoptadas polos protagonistas do fenómeno da corrupción, para as empresas, pero tamén e de forma moi destacada polas propias administracións públicas. O deseño deste conxunto de medidas de carácter preventivo e a súa avaliación debe, segundo o convenio, estar en mans de organismos públicos independentes, como organismos de control externo ou das axencias ou oficinas anticorrupción (art. 6).

Nos dous casos, as medidas a adoptar responden a unha estratexia común: a elaboración de plans propios de prevención, adaptados ás necesidades de cada organización, elaborados tras realizar unha meticulosa análise de riscos, mediante a que cada entidade debe determinar cales son as actividades en que con maior probabilidade poden aparecer prácticas de corrupción e con que controis conta para mitigalas. Dentro deste tipo de medidas de autorregulación, o convenio insiste na necesidade de crear canles de denuncias, na mellora dos sistemas de selección de persoal, na transparencia nos sistemas de contratación, etc. Certo é que as entidades privadas estaban xa habituada a adoptar medidas de autorregulación de carácter preventivo en materias como a prevención de riscos laborais, de protección de datos, o branqueo de capitais ou *compliance* penal. Non obstante, non sucede o mesmo con organismos públicos en

5 Os principios promulgados pola OCDE e que deben rexer a contratación pública son a avaliación, a transparencia, a integridade, a xestión do risco, a responsabilidade, a accesibilidade equilibrada, a integración, a e-contratación, a capacitación, a eficiencia e a participación. Dispoñible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools> (consultado o 6 de maio de 2020).

6 Instrumento de ratificación da Convención das Nacións Unidas contra a corrupción, feita en Nova York o 31 de outubro de 2003. Acceso ao documento: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012 (consultado o 7 de maio de 2020).

que a adopción de medidas internas e externas de control ou de prevención, máis alá das que establece a lei, resulta algo estraño.

Da lectura de obras e doutrina doutros países, probablemente sexan os Estados Unidos o país que maior grao de desenvolvemento mostre; en concreto, desde o ano 2008 coa “Administración de Obama” veuse implementar nos Estados Unidos un sistema de contratación en virtude do cal, para poder ser sequera unha entidade capaz de contratar coa Administración pública federal, debe contar cun programa de cumprimento “anticorrupción”. Desenvolver este control preventivo, polo tanto, exige previamente ter claro sobre a que subprocesos de compras nos enfocaremos (ou se será en toda a área de compras); por iso, debemos primeiramente ter antes descrita a cadea de valor ou os procesos esenciais da nosa contratación, para posteriormente facer participar os principais actores internos na identificación destes riscos, de tal forma que se definan os graos de impacto e o seu *ranking* de importancia, entre outros elementos. Como referencia práctica do mencionado, podemos nomear países como a Arxentina, o Brasil, Francia e Corea do Sur, os cales estiveron a adoptar un “enfoque de futuro”, mediante a elaboración de mapas periódicos de factores e vulnerabilidades (riscos) que atentan contra a integridade desta materia estratéxica⁷.

En España podemos destacar, cun papel relevante en temas de integridade institucional, o Consello de Contas de Galicia (CCG), que a través da súa lei e marco regulatorio actual, sobre o que volveremos, deseñou unha estratexia de integridade e de control interno con tres fases para previr a corrupción, na cal, ademais dun diagnóstico da situación dos sistemas de control interno, e a elaboración e seguimento dos plans de prevención da corrupción, incluíu pór á disposición das entidades públicas metodoloxías para a implementación de «sistemas de prevención de riscos» (en particular, guías técnicas de avaliación de riscos e modelos tipo de plans de prevención)⁸.

Á vista desta tendencia e da evolución que se está a experimentar máis na normativa europea e en países da nosa contorna (non tanto en España), non parece descartable (mesmo resulta desexable) que nun futuro próximo a Administración pública lles exixa un *compliance program* a todas as empresas que contraten co sector público. Aínda que puidese parecer un futuro afastado, o certo é que en numerosos países a existencia dun programa de cumprimento “anticorrupción” é unha exixencia legal para que a Administración pública considere a posibilidade de contratar cunha empresa⁹.

No ámbito nacional, é verdade que na cultura administrativa do noso país impera a crenza maioritaria de que basta coa lei e coas medidas que ela consagra para garantir a ausencia de condutas desviadas no ámbito da contratación pública, algo que contrasta cos países anglosaxóns, onde desde hai xa décadas se considerou necesario establecer medidas adicionais que asegurasen o desenvolvemento dunha

7 Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos (OCDE), 2016, cit., p. 25.

8 RODRÍGUEZ FRAGA, B., *Planes de prevención de la corrupción. Nuevas funciones de los OCEX*, VIII Seminario de Contratación Pública, Formigal, 2017, p. 12. “O marco conceptual e metodolóxico para a avaliación do funcionamento dos sistemas de control interno é o desenvolvido polo informe COSO coa metodoloxía incorporada nas guías para as normas de control interno do sector público elaboradas por INTOSAI”.

9 GIMENO FELIÚ, J.M., *Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública*, Web do Observatorio de Contratación Pública (Obcp), agosto de 2017 (consultado o 7 de maio de 2020).

ética pública e integridade e o cumprimento efectivo. Non obstante, a LCSP implica un cambio de tendencia e rumbo no xeito de facer as cousas e marca o camiño cara ao establecemento de medidas de tipo preventivo e de autorregulación interna que se deben si ou si implementar tamén no ámbito dunha actividade de risco alto, como é a contratación pública.

Polo exposto ata agora, na xestión pública, e en particular en materia de contratación, debería realizarse unha xestión de riscos, e sería de grande utilidade acudir ás técnicas de programas de Cumprimento ou de Plans de xestión e prevención de riscos de Corrupción (PPC) aplicadas á contratación, e así avanzar na aproximación a un mapa de riscos sobre o cal desenvolver as accións de prevención para garantir a integridade institucional, na liña proposta pola OCDE en 2009 para a xestión do marco de integridade (*integrity frameworks*). Esta aposta pola implementación dos PPC en cada organización non só debe ser vista como unha ferramenta para prever a corrupción, senón tamén como unha medida de mellora continua para lograr unha xestión pública máis eficiente e eficaz, e para conseguir uns servizos públicos de maior calidade e que preocupan a cidadanía, como son a sanidade, a educación e os servizos sociais, así como o gasto dedicado ás infraestruturas e o seu financiamento.

2 A pesar dos controis existentes, é necesario xestionar o risco na contratación pública?

Na linguaxe coloquial, adóitase asimilar risco a perigo. Non obstante, tecnicamente¹⁰, un risco é unha probabilidade de que se produza un dano, unha lesión, unha perda, unha responsabilidade ou calquera outro efecto nocivo para unha institución pública ou para o interese xeral, debido a vulnerabilidades que poden ser internas ou externas a aquela organización. Por conseguinte, un risco non é un perigo, senón unha probabilidade de perigo. E este matiz é moi importante porque toda a xestión de riscos xira arredor da idea de que, se a probabilidade é significativa (risco inherente), hai que planificar actuacións para reducilas (risco residual), tal como se explicará máis adiante. E, no sector público, a probabilidade dos riscos para a integridade das institucións é significativa en todas as funcións públicas.

As recomendacións da UE para España relativas ao Programa Nacional de Reformas de 2019 de España, polas que se emite un ditame do Consello sobre o Programa de Estabilidade de 2019 de España, publicadas o pasado 5 xuño de 2019, din literalmente: “No ámbito da contratación pública, a aplicación ambiciosa da Lei de contratos do sector público adoptada en 2017 resultará decisiva para aumentar a eficiencia do gasto público e prever as irregularidades. En particular, é importante que a nova estrutura de goberno, sobre todo a Oficina Independente de Regulación e Supervisión, poida desempeñar eficazmente os labores que se lle asignaron, e que a Estratexia Nacional

10 Algunhas metodoloxías de xestión de riscos, como por exemplo a do Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), consideran os riscos de corrupción dentro da visión máis ampla de todos os riscos operativos dunha organización. Por este motivo, definen risco “como a posibilidade de que un acontecemento suceda e afecte adversamente á consecución dos obxectivos”. En maio de 2013 publicouse a terceira versión COSO III.

de Contratación Pública integral se adopte con celeridade e coa participación activa das entidades ou poderes adxudicadores a nivel nacional, rexional e local”. E engade que se deben “tomar medidas destinadas a fortalecer os marcos orzamentarios e de contratación pública en todos os niveis de goberno”.

Malia ser certo que o cumprimento da normativa constitúe un deber *per se (in nato)* en todos os niveis do organigrama público, en que os altos cargos, autoridades, directivos e empregados públicos debemos, por mandato constitucional (art. 9.2, 103 CE), servir o interese xeral e estamos sometidos ao imperio da lei e ao resto do ordenamento xurídico. Mandato que, sen dúbida, debe robustecerse no sector público, porque non podemos esquecer que todos os suxeitos intervenientes na esfera pública manexamos, directa ou indirectamente, fondos e intereses públicos nos cales o destinatario final é a cidadanía. Polo tanto, na miña opinión, increméntase a necesidade de desenvolver técnicas preventivas de cumprimento e de xestión do risco no ámbito público, aínda que tamén é certo que esa necesidade e/ou obrigatoriedade parece “redundante”, porque se podería partir da premisa de que os plans de cumprimento ou de prevención da corrupción xa existen no dereito administrativo español de corte continental francés desde tempos napoleónicos.

Polo tanto, e respondendo a pregunta do título deste epígrafe sobre se cómpre xestionar o risco na contratación pública a pesar dos controis existentes, na miña opinión, a resposta debe ser positiva sen condicións, tendo presente ademais que as técnicas e ferramentas preventivas de xestión do risco poden complementarse perfectamente coa función nuclear de fiscalización dos OCEX e que as dúas funcións se poden retroalimentar para mellorar. Certo é que todo cambio de paradigma custa na esfera pública, pero debemos ser receptivos cara a un xiro na cultura preventiva que se centre na xestión sistemática do risco, incluíndo identificación, avaliación, tratamento e seguimento como unha ferramenta adecuada na medida en que permite a medición do desempeño e detecta aquelas debilidades do sistema que necesitan dunha nova forma de ser tratadas.

A definición dun mapa de riscos como elemento de integridade ofrece a posibilidade de identificar tanto as medidas preventivas como as de continxencia en función do dito risco, fixándose como obxectivo localizar, describir, categorizar e priorizar, en función da súa gravidade e probabilidade, o conxunto de riscos que a institución terá que xestionar, riscos que, en función da súa natureza, poden ser comúns ás distintas fases en que se estrutura o procedemento de licitación, ou propias de cada unha delas. Como se recolle no documento número 4 aprobado pola Comisión Técnica de Prevención da Corrupción do CCG, *Metodoloxía para a administración de riscos*¹¹: “Para aplicar con éxito calquera metodoloxía de avaliación de riscos, é importante dotar as organizacións de certas condicións previas de carácter normativo e institucional e, así mesmo, asegurarse de que o proceso contará co compromiso da dirección e cos medios suficientes para levalo a cabo.

- Identificación do risco

11 De acceso público na páxina web do Consello de Contas de Galicia: <https://www.consellodecontas.es/es/content/nuevos-documentos-en-materia-de-prevencion>.

- Avaliación do risco
- Establecemento do contexto
- Análise do risco
- Comunicación e consulta
- Tratamento do risco
- Seguimento e revisión

O ámbito en que cada unha das entidades que integran o sector público desempeña as súas funcións é diferente e, consecuentemente, os riscos a que están expostas non poden xeneralizarse, sen prexuízo da consideración dalgúns deles como comúns ou máis habituais nas distintas áreas de xestión. Cada entidade deberá definir de xeito individual o seu propio contexto e os seus propios riscos, coa finalidade de que as estratexias que desenvolva para xestionalos sexan adecuadas e efectivas. Neste sentido, o coñecemento particularizado da propia organización, da súa estrutura interna e das interaccións que realiza co exterior contribuirá a determinar cales son, en cada caso, as principais debilidades e fortalezas. En xeral, será relevante considerar calquera factor que asegure que o enfoque atribuído á xestión de riscos é axeitado ás circunstancias, á organización e aos riscos que afectan ao logro dos obxectivos de cada entidade”.

3 O catálogo de riscos elaborado pola Comisión Técnica de Prevención da Corrupción do Consello de Contas de Galicia

No ano 2015 reformouse a Lei do Consello de Contas de Galicia¹² (CCG), asumindo esta a responsabilidade de colaborar coas administracións na prevención da corrupción, asesoralas sobre os instrumentos normativos e fomentar na sociedade civil o comportamento ético nas súas relacións co sector público. Para o desenvolvemento desta función, créase a Sección de Prevención da Corrupción coa asistencia da Comisión Técnica¹³, formada por auditores dos distintos departamentos, e incorpórase á organización interna unha unidade de prevención da corrupción, sendo unha das primeiras actuacións nesta materia a aprobación do Código Ético da Institución. A misión do CCG é a fiscalización externa das contas e da actividade económica financeira e contable do sector público galego e, no ámbito da prevención da corrupción, colaborar no establecemento dun marco de integridade nas entidades públicas que contribúa a garantir unha idónea xestión das finanzas públicas.

12 Lei 8/2015, do 7 de agosto, de reforma da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas, e do Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro, para a prevención da corrupción. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/regulations/Anuncio_Lei_Consello_0.pdf.

13 As normas de funcionamento da Comisión Técnica foron aprobadas por Acordo do Pleno do Consello de Contas celebrado o 16 de maio de 2017. Acceso web: <http://www.consellodecontas.es/es/menus-consello/corruptcion/organizacion/comision>.

O Plan Estratéxico vixente do CCG recolle as liñas básicas de actuación a medio prazo (período 2019–2022)¹⁴ a realizar polo CCG, que se encadran dentro dos seguintes eixes:

- Eixe 1: Fiscalización da actividade económico–financeira do sector público de Galicia.
- Eixe 2: Prevención da corrupción.
- Eixe 3: Bo goberno e organización interna.
- Eixe 4: Fortalecemento das relacións co Parlamento, a sociedade galega e cooperación con outras entidades.

Dentro do ámbito do eixe 2 abórdanse os obxectivos estratéxicos e as medidas que se deben desenvolver en materia de prevención da corrupción e que figuran con máis detalle no documento *Estratexia en materia de prevención da corrupción*¹⁵, aprobado pola Sección de Prevención da Corrupción. De entre os obxectivos estratéxicos do eixe 2 de Prevención da Corrupción, inclúese o deber do CCG de colaborar coas administracións galegas na implantación de instrumentos e sistemas de prevención da corrupción e integridade.

O *Catálogo de riscos por área de actividade*, aprobado pola CTPC (documento n. 5)¹⁶, elabórase como complemento ao documento n. 4, *Metodoloxía para a administración de riscos*, e ten por finalidade recoller unha relación dos riscos que, de acordo coa experiencia fiscalizadora do CCG, son recorrentes no sector público autonómico galego, así como das medidas específicas que se propoñen para dar resposta a aqueles. En particular, no catálogo préstase especial atención ás actividades que pola súa propia natureza son máis susceptibles de dar lugar a riscos de xestión, incluídos riscos de corrupción, como a xestión de persoal, concesión de subvencións públicas, a contratación ou o urbanismo. Cabe pór de manifesto que a enumeración de riscos que se realiza no catálogo para cada unha destas materias non ten carácter taxativo; trátase dunha relación orientadora para que cada entidade analice se os seus propios riscos encaixan cos descritos no catálogo e introduza, se é o caso, as modificacións que considere necesarias para adaptalo ao seu contexto. Por outra banda, o documento elaborado pretende recoller todas aquelas condutas que constitúan un risco, incluído os de fraude ou corrupción, con independencia de que se materializasen previamente ou non.

O catálogo resultante desa adaptación individualizada debe ter como obxectivos principais os seguintes:

- Identificar, dentro de cada entidade, os riscos máis recorrentes aos cales se enfronta, prestando especial atención aos riscos de corrupción.

14 Acceso web ao contido do Plan Estratéxico (2019–2020): http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/plan_extratexico/Plan_Estrat%C3%A9xico_2019_2022_C.pdf.

15 Documento número 1, *Estratexia en materia de prevención da corrupción*, aprobada pola Sección de Prevención da Corrupción do CCG o 20 de decembro de 2017. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Estratexia_%20prevencion_C.pdf.

16 Documento número 5, *Catálogo de riscos por área de actividade*, aprobado pola CTPC e do que a Sección de Prevención da Corrupción do CCG tomou razón o 19 de xullo de 2019. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Catalogo_riscos_C.pdf.

- Afondar na análise deses riscos para obter o coñecemento necesario que permita adoptar medidas preventivas que minimicen a posibilidade de que se produzan.
- Propor medidas correctoras que, en caso de materializarse o risco, contribúan a reducir a gravidade das súas consecuencias.

4 A xestión de riscos na contratación pública

Os riscos específicos no ámbito da contratación no catálogo aprobado agrupáronse en atención ás distintas fases do procedemento contractual:

- Fase preparatoria. Nas actuacións preparatorias dun expediente de contratación adóptanse decisións que poden comprometer os principios reitores da contratación pública. Así, a falta de estudo e xustificación das necesidades que se pretenden cubrir a través do contrato prexudica a eficiente utilización dos fondos públicos; a elección dun procedemento que restrinxe a participación de licitadores inflúe directamente na concorrancia; o deseño de pregos e criterios de solvencia e adxudicación que poidan favorecer determinados operadores afectan á igualdade de trato dos licitadores; e a determinación dun prezo do contrato que non se axuste ao mercado resulta contraria á economía do gasto.
- Fase de licitación. A vulneración do principio de transparencia é a principal ameaza nesta fase do procedemento. Limitar a publicidade das licitacións e o libre acceso á información necesaria para presentar as ofertas constitúe riscos que restrinxen a concorrancia e ameazan a igualdade de trato. Tamén resulta esencial a idónea custodia das ofertas para evitar o risco de vulneración do segredo ou a manipulación das proposicións que se presenten.
- Fase de adxudicación. A obxectividade e a transparencia na selección do operador económico que resulte adxudicatario son factores fundamentais para garantir a igualdade de trato e a eficiencia do gasto mediante a elección da mellor oferta. Os principais riscos identificados nesta fase apuntan á falta de imparcialidade ou profesionalización dos membros das mesas de contratación ou do comité de expertos, á non detección de prácticas colusorias ou á opacidade na valoración das ofertas debido á falta de publicidade das actas e dos informes técnicos ou por imprecisións na xustificación das puntuacións outorgadas a cada oferta.
- Fase de execución. Nesta fase existe o risco de desvirtuar as cláusulas e condicións baseándose nas cales se adxudicou o contrato. Comprométense principios fundamentais como a igualdade de trato se non se supervisa e verifica o cumprimento das condicións que determinaron a selección dun licitador fronte a outro (prazos, melloras, adscrición de medios persoais ou materiais ou condicións especiais de execución) e pode afectarse tamén á economía do gasto a través de modificacións contractuais que incrementan o prezo inicial das prestacións.

O cadro de riscos na contratación pública segundo as distintas fases do proceso pódese consultar e é de libre acceso no anexo do Documento número 5 *Catálogo de*

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*riesgos por área de actividad*¹⁷ aprobado pola CTPC, no cal se identifican os principais riscos que poden concorrer durante a tramitación dos expedientes de contratación e enuméranse algunhas das posibles medidas que se poden adoptar para previlos e, se é o caso, corríxilos.

5 Conclusións

1ª. Nos últimos anos, a crecente preocupación pola corrupción advertiuse no ton do discurso europeo, que evolucionou da recomendación para que os Estados membros actuasen de forma decidida nesta materia ata a fixación de directrices e obrigas claras que estes debían traspasar e implantar nos seus ordenamentos. Neste sentido, a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, regulou novas obrigas para os órganos de contratación, agora responsables de prever os riscos de corrupción, fraude e outras irregularidades na xestión da compra pública, e detectar e responder ás prácticas que materializan estes riscos.

2ª. Neste novo modelo de xestión pública focalizada na vertente preventiva de control de riscos en xeral e na contratación pública en particular, os OCEX están chamados a desempeñar un papel protagonista de apoio ás institucións públicas na consolidación dos seus sistemas de integridade, promovendo e impulsando boas prácticas que contribúan á mellora da calidade da contratación pública baixo o principio de mellora continua, que exige unha actuación coordinada e transversal e de composición multidisciplinaria dos equipos de auditoría en que profesionais de auditoría e letrados acheguen unha solución óptima para estes efectos tanto na fiscalización como na prevención da corrupción.

Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, C., *Compliance en la administración pública: dificultades y propuestas*, Colección: Temas de Administración Local, n. 102, 2017, ISBN: 978-84-16219-20-9.
- CASTILLO BLANCO, F.A. (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ISBN: 978-84-1313-727-8.
- COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la lucha contra la corrupción*, febreiro 2014. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu> (consultado o 7 de maio de 2020).
- CONSELLO DE CONTAS DE GALICIA, *Documentos aprobados por la Sección de Prevención y por la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción*. Acceso web: <http://www.consellodecontas.es/es/content/nuevos-documentos-en-materia-de-prevencion> (consultado o 7 de maio de 2020).
- COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), *Documento “La gestión de riesgos corporativos”*, 2015. Acceso web: <https://www.coso.org>

17 Documento número 5 *Catálogo de riesgos por área de actividad* aprobado pola CTPC e do que se tomou razón por parte da sección de Prevención da Corrupción do CCG o 19 de xullo de 2019. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corruptcion/Catalogo_riscos_C.pdf.

- coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Spanish.pdf (consultado o 7 de maio de 2020).
- GIMENO FELIÚ, J.M., *Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública*, Ponencia V Seminario de Contratación Pública, Formigal, septiembre de 2014.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública*, Web do Observatorio de Contratación Pública (Obcp), agosto de 2017 (consultado o 7 de maio de 2020).
- NIETO MARTÍN, A. e MAROTO CALATAYUD, M. (coords.), *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Documentos de trabajo en materia de prevención y gestión de riesgos en la contratación pública*. Acceso web: <https://www.antifrau.cat/es/prevencion/areas-de-estudio/contratacion-publica.html> (consultado o 7 de maio de 2020).
- RODRÍGUEZ FRAGA, B., *Planes de prevención de la corrupción. Nuevas funciones de los OCEX*, VIII Seminario de Contratación Pública, Formigal, 2017.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 219-258
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4705>
©Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 07/01/2021 | Aceptado: 07/01/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

60 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Tarifa especial (rebaixada) do servizo municipal de transporte público urbano de viaxeiros restrinxida aos cidadáns empadroados no municipio. Impugnación da restrición polos concellos limítrofes. Falta de lexitimación activa. 1.2 Tramitación dun expediente e práctica de notificacións en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidade formal non invalidante. 1.3 Retribucións do persoal do servizo municipal de extinción de incendios. As gratificacións por “nocturnidade” e “festividade” deben integrarse no complemento específico, devindicándose en período vacacional. 1.4 Ilegalidade das gratificacións por xubilación. 1.5 Sanción a concello por non garantir a calidade da auga para consumo humano da rede xeral municipal. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de xestión de servizo público por situación concursal da contratista. Prevalencia da exención de indemnización establecida no prego de cláusulas administrativas. 2.2 Licitación de servizo de cafetería en edificio público. Exclusión de dúas candidatas por tratarse en realidade da mesma empresa. Facultades de investigación da mesa de contratación. Proba indiciaria. 3 Corporacións profesionais. 3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colexial por un non colexiado. 3.2 Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obrigatorio de proxectos

técnicos. 4 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19). 4.1 Restricións aos dereitos de reunión e circulación. 4.2 Regras sobre o uso de máscaras en praias, piscinas e establecementos de hostalaría. Desestimación de suspensión cautelar. 4.3 Réxime sancionador. O incumprimento das restricións de circulación impostas no primeiro estado de alarma non constitúe infracción de “desobediencia á autoridade”. Vulneración do principio de tipicidade. 5 Medio ambiente e urbanismo. 5.1 Ordenación do territorio. Parques eólicos. Proxecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espazos protexidos dos Ancares – O Courel. Caducidade do proxecto primitivo e da súa declaración de impacto ambiental. 5.2 Planeamento. Nulidade de plan xeral de ordenación municipal por omisión de avaliación ambiental estratéxica. 5.3 Modificación do Plan especial de protección e rehabilitación da cidade histórica de Santiago de Compostela para prohibir o destino de vivendas a aloxamentos turísticos temporais. Necesidade de tramitar unha segunda información pública tras a introdución de modificacións substanciais. 5.4 Licenzas urbanísticas. É posible obtelas por silencio administrativo positivo en execución dun plan xeral viciado de nulidade de pleno dereito. 5.5 Licenza de parcelación en urbanización privada. Non se pode outorgar se as parcelas resultantes non dan fronte directa a vía pública. 5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A APLU dispón de prazo ilimitado para poder ordenar a súa demolición. Imprescritibilidade da servidume. 6 Persoal. 6.1 Silencio administrativo en reclamacións do persoal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio da solicitude. 6.2 Oposicións de acceso á función pública. Exixencia de composición paritaria (equilibrio homes-mulleres) nos tribunais selectivos: o seu incumprimento é irrelevante cando o número de mulleres supera o de homes. Consecuencias da anulación da oposición por razóns formais: non afecta aos que foron nomeados funcionarios (principios de equidade e boa fe). 7 Proceso contencioso-administrativo. 7.1 O mes de agosto non entra no cómputo do prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo. 7.2 Altas de oficio na Seguridade Social. Contía indeterminada. Competencia obxectiva do TSXG para o coñecemento do asunto en primeira e única instancia. 8 Tributos. 8.1 Imposto de bens inmobles. Exención das universidades públicas. 8.2 Imposto sobre construcións, instalacións e obras. Base impositiva: conceptos excluídos. 8.3 Imposto sobre a renda das persoas físicas. Non suxeición de axudas de custo por desprazamentos do traballador para a súa actividade laboral. Carga da proba. 9 Universidades. 9.1 Correspondencia dos títulos universitarios anteriores ao “sistema Bolonia” co marco español de cualificacións para a educación superior (MECES).

1 Administración local

1.1 Tarifa especial (rebaixada) do servizo municipal de transporte público urbano de viaxeiros restrinxida aos cidadáns empadroados no municipio. Impugnación da restrición polos concellos limítrofes. Falta de lexitimación activa

O Concello de Vigo estableceu unha tarxeta con descontos tarifarios para o transporte colectivo urbano de viaxeiros, restrinxida aos cidadáns empadroados no dito municipio. Os Concellos de Mos e Redondela solicitaron a supresión da desa restrición. Contra a desestimación presunta das súas solicitudes promoveron senllos recursos contencioso-administrativos. En segunda instancia a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) declarou a súa inadmisión ou confirmouna, nas sentenzas do 16 e 19 de outubro de 2020 (recs. 7130/2020 e 7118/2020, relatores: Fernández López e Paz Eiroa).

Na última delas por ter debido firme a resolución municipal aprobatoria da tarifa reducida restrinxida. Na primeira, por falta de lexitimación activa do Concello recorrente, con estas consideracións:

«(...) el municipio de Vigo, al contar con más de 50.000 vecinos, está obligado a prestar el servicio de transporte colectivo urbano de viajeros, que son sus destinatarios y, por lo tanto, quienes obtendrán un beneficio singular o sufrirán un perjuicio, tanto en la prestación de ese servicio, como en el pago de sus tarifas. Siendo ello así, se encontrarán legitimados para impugnar tales actuaciones, lo que no impide que también puedan hacerlo los grupos o asociaciones especialmente constituidas para ese fin, pero nadie más, pues en este ámbito no está reconocida la acción pública en defensa de la legalidad, ni tampoco la singular de la entidad local donde residen, pues no las ha contemplado el legislador (artículos 68.1 de la LRBRL y 19.1.h) de la LRJCA). En efecto, es verdad que el primero de esos dos preceptos permite a la entidad local defender sus derechos, pero ello es distinto de la defensa de los derechos singulares de sus vecinos, que es el interés que invocó el Ayuntamiento de Mos y que está muy lejos de la habilitación que le otorga el artículo 2.1 de la LRBRL, que alcanza a la intervención en cuantos asuntos afecten “directamente” al círculo de sus intereses (artículo 2.1 de la LRBRL). No se duda que las entidades locales tienen que servir con objetividad los intereses públicos encomendados, pero también con sometimiento a la ley (artículos 103.1 de la Constitución española y 6.1 de la LRBRL), y la ley no les ha autorizado a defender los intereses singulares de los vecinos, como tampoco les ha autorizado a promover cualquier actividad o servicio ajeno, por más que estén relacionados con las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal; al efecto procede recordar que el artículo 28 de esa ley, sobre la posibilidad de realizar actividades complementarias, ha sido derogado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, si bien ha previsto una regla habilitante general en el artículo 7.4 de la LRBRL, que permite a las entidades locales el ejercicio de competencias no atribuidas específicamente, aunque solo ante exigentes condiciones que no se proyectan sobre el sentido que haya de dar el ente local a la competencia, sino sobre la posibilidad misma de su ejercicio. Así pues, los beneficiarios de los servicios municipales no son otras entidades locales ajenas a las que los prestan, sino los vecinos, que pueden exigir su cumplimiento (artículo 18.1.g) de la LRBRL), como señaló con acierto la sentencia apelada, pero de forma incompleta, pues también pueden beneficiarse de ellos quienes no sean vecinos, pues cualquiera puede acceder a los núcleos de población, deambular por las vías municipales y disfrutar de sus parques públicos y de sus bibliotecas, pero también pueden utilizar sus transportes públicos, con el pago de lo debido. Con todo, y con arreglo a lo que se acaba de indicar, tiene que ratificar esta sala el pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso promovido por el letrado del Ayuntamiento de Mos frente a la actuación del Ayuntamiento de Vigo, en orden a regular las tarifas del transporte colectivo de viajeros, pues ni aquella entidad local tiene competencias para defender los intereses de sus vecinos en sus relaciones personales, ni se deriva para ella ningún beneficio o perjuicio singular en la cuantificación y exigencia de las tarifas, de modo que no se da el presupuesto procesal que para la existencia de legitimación activa preconiza la constante y pacífica jurisprudencia (...), esto es, que exista una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se impugna, de tal forma que la anulación de la resolución impugnada produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto; ello significa que, para que exista interés legítimo en esta jurisdicción, la actuación u omisión que se impugna debe

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso. No es este el caso del Ayuntamiento de Mos, a quien ninguna consecuencia le supone el importe de las tarifas que abonan los viajeros del transporte urbano de la ciudad olívica, como tampoco tiene asignadas facultades por el legislador para alzarse frente a actuaciones que repercuten en la esfera patrimonial de algunos de los vecinos del municipio, por más que puedan ser ilegales, ya que el citado artículo 25.1 de la LRBRL tan sólo faculta al municipio para gestionar, dentro del ámbito de sus competencias, sus propios intereses, para lo cual pueden promover actividades y prestar servicios públicos que satisfagan a la “comunidad vecinal”, lo que no es el caso de ejercitar acciones en defensa de algún grupo de vecinos, que es lo que pretende el Ayuntamiento de Mos, y para lo que no ostenta legitimación».

Non obstante, nesta sentenza, con carácter de *obiter dicta*, tamén se valora o fondo do asunto:

«(...) el transporte regular de viajeros de uso general se contempla como un servicio público en los artículos 71 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, y 74 de la Ley gallega 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación (también es un servicio público obligatorio en los municipios que cuentan con más de 50.000 vecinos (artículo 26.1.d) de la LRBRL), con la exigencia de que su utilización no puede ser discriminatoria, como tampoco pueden introducirse discriminaciones por razón del territorio o de la residencia (artículo 82 de la ley gallega). Por ello, la adecuada y textual interpretación que debe darse a tal precepto no puede ser otra que rechazar cualquier tarifa que diferencie a unos usuarios de otros en razón al lugar donde residan, de modo que debe reputarse discriminatorio que unos paguen más o menos que otros en razón al lugar donde se encuentren empadronados. En suma, no puede compartir esta sala el matiz que introdujo el juzgador de instancia acerca de la no existencia de una discriminación negativa, pues el hecho de que los vecinos de Mos paguen la tarifa ordinaria supone un trato desfavorecido respecto de los empadronados en la ciudad olívica, que la abonan reducida, de modo que existe un trato discriminado cuando unos viajeros pagan más o menos según el municipio donde se encuentren empadronados. Sobre la improcedencia de las ventajas tarifarias en razón al lugar del empadronamiento, se han pronunciado igualmente las SsTS de 14.11.12 y 23.09.15 que los letrados de las partes no ignoran. Y si se prescinde de las leyes de transportes que se acaban de citar, tampoco encuentra esta sala justificación alguna para otorgar un beneficio singular a los vecinos de Vigo. En primer lugar, porque si el transporte urbano de viajeros se realiza en régimen de concesión y no mediante gestión interesada, ello significa que es la concesionaria la que debe soportar el riesgo y ventura de su operación, sin que las arcas municipales deban realizar aportación alguna. Y en segundo lugar, porque aún si existieran esas cláusulas de interesamiento que obligaran al Ayuntamiento de Vigo a sufragar parte del servicio de transporte urbano, no habría razón alguna para reducir las tarifas a los residentes en ese municipio con fundamento en que eran ellos los que aportaban los recursos de la hacienda municipal, pues quienes a ella contribuyen no son sólo quienes están empadronados en su término municipal, sino cualquier persona, física o jurídica, que realiza el hecho imponible que justifica el nacimiento de la obligación de contribuir. A estos efectos no está de más recordar que como no existen en el ámbito local tributos personales, no se aplica la regla

del domicilio fiscal (que no es el empadronamiento) a que se refiere el artículo 4.a) de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas; así, son sujetos pasivos de los tributos locales indirectos (tasas e impuestos) los que usan los servicios públicos o utilizan el demanio público, mientras que los de los tributos ligados a derechos reales lo son quienes los ostentan o se benefician de ellos, y los de las actividades económicas quienes los desarrollan, cualquiera que sea el lugar donde residan, de modo que todos los que usan servicios públicos municipales, los que utilizan el dominio público, los propietarios de vehículos registrados en la jefatura provincial de Tráfico, los que poseen bienes inmuebles, los que los venden, los construyen o los que los ven supervalorados con las obras municipales realizadas, por ejemplo, contribuyen a la hacienda municipal, con independencia de donde se encuentren empadronados. Finalmente, justificó el juzgador de instancia la procedencia de un trato diferenciado entre unos vecinos y otros en razón a los derechos y obligaciones que como tales les confería el artículo 18 de la LRBRL, lo que esta sala no comparte, pues, como se ha indicado, una cosa es que quienes tengan esa condición puedan exigir de la corporación municipal la prestación de los servicios obligatorios y otra es que, una vez implantados, se tengan que ver favorecidos respecto de quienes no sean vecinos para usarlos en mejores condiciones o para pagar menos por su utilización».

Regap



1.2 Tramitación dun expediente e práctica de notificacións en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidade formal non invalidante

O TSXG, nas súas sentenzas do 17 de xullo e 11 de setembro de 2020 (recs. 4078/2020 e 4255/2019, relatores: Parada López e Martínez Quintanar), conclúe que o incumprimento polo Concello da Coruña da súa obriga legal de tramitar expedientes e notificar resolucións de xeito electrónico é unha irregularidade formal non invalidante se non lles xera indefensión aos interesados. Incide así na última das referidas sentenzas en que:

«(...) En relación con la ausencia de utilización de medios electrónicos, tanto para la notificación del acto como para su dictado, en suma, debemos concluir que no hay defecto invalidante, porque no afecta a la existencia de la tramitación y del propio acto resolutorio: el procedimiento se ha tramitado en su integridad (no hay causa de nulidad ex artículo 47.1.e) de la LPAC 39/2015); tan solo se ve afectado un aspecto de la formalización de la resolución, que no ha determinado que carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni tampoco ha dado lugar a la indefensión de los interesados (no hay causa de anulabilidad, por tanto, tal y como se deduce del artículo 48.2.b) de la LPAC, que establece que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados).

Debe tenerse en cuenta además que conforme a la Disposición Final 7ª de la LPAC 39/2015, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, “las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de octubre de 2020”. (...)

Recientemente, el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, ha vuelto a ampliar el plazo para la producción de efectos de las referidas previsiones, al modificar esa D.F. 7ª, que pasa a establecer que “las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de abril de 2021”. (...).

Las alegaciones del Concello de A Coruña, en relación a las dificultades que está teniendo la implantación del procedimiento electrónico en toda la Administración y la existencia de una minoría de Administraciones que funcionan sin papel, deben situarse y valorarse dentro de este contexto legal, de sucesivas prórrogas a la entrada en vigor de determinadas disposiciones relativas a la tramitación electrónica del procedimiento, y permiten relativizar el alcance del vicio formal denunciado por la recurrente, por no ser determinante de indefensión, ni impedir al acto cumplir su finalidad (...)».

1.3 Retribucións do persoal do servizo municipal de extinción de incendios. As gratificacións por “nocturnidade” e “festividade” deben integrarse no complemento específico, devindicándose en período vacacional

En numerosos municipios o persoal adscrito ao servizo de extinción de incendios traballa en quendas intensivas de xornada de 24 horas, con varios días de descanso a continuación. Unha parte relevante da súa retribución constitúena os pluses de “nocturnidade” e “festividade”, que só se aboa polos días efectivamente traballados. A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa sentenza do 1 de outubro de 2020 (rec. 7908/2018, relator: Teso Gamella), referida ao Concello de Ourense, fixa como criterio xurisprudencial a obriga de incluír esas gratificacións no complemento específico do posto de traballo, devindicándose polo tanto tamén durante o período vacacional. Afírmase o seguinte na sentenza:

«(...) si lo que retribuyen los citados “pluses” son las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su peligrosidad o penosidad, o bien el especial rendimiento y la actividad extraordinaria con que se desempeña el trabajo habitual, en jornada normal, que necesariamente se presta habitualmente en días festivos y por la noche, estaríamos ante un complemento, ya sea específico o de productividad, que tendría su relevancia, en este caso, el primero, en relación con la retribución del mes de vacaciones.

No estamos, por tanto, ante una gratificación porque el “plus de nocturnidad” por el trabajo realizado por la noche forma parte de su jornada de trabajo habitual. Así es, la prestación de servicios se produce alternando un turno continuado de 24H con tres días de descanso. De modo que la nocturnidad forma parte de prestación del servicio en su jornada normal, no es un servicio extraordinario, ajeno a esa jornada habitual, que deba ser gratificado.

Otro tanto sucede con el “plus de festividad”, pues forma parte de su jornada ordinaria realizar un mínimo de 48 horas en día festivo, es decir, 2 de las 7 u 8 jornadas al mes, ha de ser en festivo. En consecuencia, cuando se realiza la jornada en día festivo no se trata de un servicio extraordinario al margen de su jornada normal, sino que forma parte de la habitual y ordinaria prestación de servicios mensual.

En ambos casos, las retribuciones por dichos servicios prestados por la noche (“plus de nocturnidad”) o en día festivo (“plus de festividad”) no obedecen a una finalidad de gratificar por un servicio extraordinario ajeno a la jornada normal de trabajo y de carácter eventual. Al contrario, se trata de una característica del propio puesto de trabajo, de una retribución ordinaria por los servicios que se prestan regularmente.

En consecuencia, al no tener el carácter de gratificación sino de complemento, que retribuye las singulares condiciones del puesto de trabajo, el importe de los expresados pluses no puede ser detraído de la retribución durante el mes de vacaciones. (...).

La interpretación que realizamos resulta acorde con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que en el artículo 7 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que se disponga de un período de vacaciones anuales retribuidas. Teniendo en cuenta que dicha Directiva es de aplicación “a todos los sectores de la actividad, privadas y públicas” (artículo 1.3).

Basta la cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2011 (asunto C-155/10) y de 22 de mayo de 2014 (asunto C-539/12), y de los principios que se infieren, aunque respecto de la prestación del trabajador en general, cuando se señala que “(...) Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias Parviainen, C-471/08, EU:C:2010:391, apartado 73, y Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 2”.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso de casación, pues los ahora controvertidos, “plus de nocturnidad” y “plus de festividad”, no son gratificaciones, sino que forma parte del expresado complemento, cuya retribución no puede ser detraída de la retribución del mes de vacaciones».

1.4 Ilegalidade das gratificacións por xubilación

Boa parte dos concellos de Galicia recoñécenlles aos seus funcionarios, nos seus pactos sociais, o dereito a percibir unha “prima de xubilación”. O TS, nas súas sentenzas do 14 de marzo de 2019 (rec. 2717/2016) e 20 de marzo de 2018 (rec. 2747/2015), concluíu que:

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

«Se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos, sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales –esto es, determinantes de una situación de desigualdad– sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento de (...) sino común a toda la función pública, una gratificación. Suponen, pues, una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los preceptos invocados por la Comunidad Autónoma: los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986».

O TSXG está a aplicar xa esa xurisprudencia, podendo citarse a xeito de exemplo a súa sentenza do 17 de xuño de 2020 (rec. 397/2019, relator: Seoane Pesqueira), na cal, en primeiro lugar, declara ilegal e inaplicable un incentivo por xubilación establecido no acordo regulador do persoal do Concello de Padrón. E, en segundo lugar, considera xustificado o cambio de actuación da dita Administración local para axustarse á legalidade, sen necesidade de modificar previamente o acordo regulador.

1.5 Sanción a concello por non garantir a calidade da auga para consumo humano da rede xeral municipal

O TSXG na súa sentenza do 2 de outubro de 2020 (rec. 4261/2019, relator: Recio González) confirma a sanción imposta a un concello pola Dirección Xeral de Saúde Pública da Xunta de Galicia por ter realizado un inadecuado control da auga para consumo humano. A sentenza alcanza:

«(...) la conclusión de que los incumplimientos que se le imputan sí tienen justificación en los tipos legales que se han aplicado, en la forma aceptada por la sentencia apelada, por lo que no se ha vulnerado el principio de legalidad –artículo 25 CE–. Y no se aprecia la alegada vulneración del principio de legalidad y tipicidad porque sí que existe tipificación legal de las infracciones que han sido sancionadas, en concreto en la ley 14/1986, de 25 de abril y la ley 8/2008, de 10 de julio, conductas que se concretan en el Real Decreto 140/2003 de 7 de febrero. Con respecto a las infracciones graves: se trata de falta de control exigible en el funcionamiento del servicio, artículo 35.B 2º de la Ley 14/1986 y artículo 42.e) de la Ley 8/2008, por dos conductas diferentes; ausencia de acreditación del laboratorio, falta de determinación de metales en las analíticas de control y falta de notificación a la autoridad sanitaria de agua no apta para consumo e infracción leve por la irregularidad sanitaria tipificada en el artículo 35.A.1 de la Ley 14/1986 y 41.a) de la ley 8/2008 –no disponibilidad de analíticas de control en el grifo del consumidor de la zona en el SINAC–.

Resulta así de aplicación lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto 140/2003, conforme al cual “Sin perjuicio de otra normativa que pudiera resultar de aplicación, las infracciones contra lo dispuesto en el presente Real Decreto constituirán infracción administrativa en materia de sanidad, de acuerdo con lo tipificado en el capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y serán objeto de sanción administrativa, previa la instrucción del oportuno expediente administrativo”. Contemplando la tipificación el artículo 35 de la Ley 14/1986».

2 Contratos públicos

2.1 Resolución de contrato de xestión de servizo público por situación concursal da contratista. Prevalencia da exención de indemnización establecida no prego de cláusulas administrativas

Un concello galego outorgoulle a determinada entidade mercantil a concesión para a construción, explotación e xestión dun aparcadoiro público subterráneo por un período de 50 anos. Aos 15 anos a contratista foi declarada xudicialmente en situación de concurso voluntario de acredores por causa fortuíta e entrou en fase de liquidación. Solicitou a resolución do contrato, cunha indemnización dun millón e medio de euros pola parte do investimento non amortizado, conforme o artigo 170.1 da Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas (vixente cando se adjudicou o contrato), precepto en que se dispuña que: *«En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión»*. O concello opúxose ao pagamento da indemnización, porque no prego de prescricións técnicas e cláusulas administrativas da licitación se establecera a seguinte cláusula xenérica (habitual neste tipo de contratos): *«Terminación extraordinaria de la concesión: Además de las establecidas legalmente: Por disolución o quiebra de la sociedad concesionaria, sin que exista derecho a indemnización alguna»*.

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa sentenza do 1 de decembro de 2020 (rec. 2408/2019, relator: Teso Gamella), confirma a desestimación dos recursos interpostos pola contratista, considerando prevalente a referida exención indemnizatoria dos pregos contractuais, co seguinte razoamento:

«(...) El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo acordado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 27 de septiembre de 2019, a la siguiente cuestión:

“si son renunciables los derechos económicos previstos en el artículo 170.1 LCAP y, en concreto, si cabe considerar como válida la renuncia a favor del concesionario del precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de la Administración, ello en virtud de lo acordado en el pliego de cláusulas administrativas

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

particulares que rigen el contrato, en particular, cuando la concesionaria haya sido declarada en concurso; o, por el contrario, por perjudicar a terceros de buena fe, dicha cláusula es contraria al ordenamiento jurídico y por ello no puede ser aplicada”. (...).

La declaración de concurso de acreedores como causa de resolución en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque no sea culpable, es una causa de resolución contractual que en este caso no puede ser imputable a la Administración. La naturaleza del concurso y su calificación se realiza por razones específicas, y en todo caso diferentes, que se encuentran extramuros del ámbito propiamente contractual, en el que lo relevante, a juzgar por lo que dispone el artículo 170.1 de la misma Ley, que se refiere genéricamente a los “supuestos de resolución”, sin mayor precisión, es que la órbita en que se origina es la del contratista. Téngase en cuenta que cuando se regulan los efectos de la resolución, en el artículo 114, se dispone que el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. Y cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. De modo que la referencia al incumplimiento culpable del contratista, como es natural, se refiere al ámbito contractual y no las causas del concurso o la insolvencia que dieron lugar a la declaración del concurso de acreedores. (...).

Con carácter general, conviene recordar, la citada Ley 13/1995, establece, en el artículo 4 la libertad de pactos, pues “la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”.

No apreciamos en este caso la concurrencia de la excepción al principio general de libertad de pactos que regula el citado artículo 4, pues no se evidencia, ni se ponen de manifiesto solventes razones sobre el contenido de la mentada cláusula 25.1 del pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas del expresado contrato, que acrediten o que nos induzcan a considerar que resulta contraria al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. De modo que no podemos concluir en la concurrencia del vicio de invalidez de la citada cláusula 25, que pueda pulverizar el arraigado principio de la libertad de pactos.

En consecuencia, no consideramos que la cláusula antes transcrita incurra en un vicio de invalidez, cuando ambas partes contratantes, la Administración recurrida y la mercantil recurrente, mostraron su conformidad con la misma en virtud de esa libertad de pactos, y como tantas veces hemos declarado, nos encontramos ante la ley del contrato. Pero es que, además, no se aprecia el daño y perjuicio a terceros de buena fe, como serían los acreedores de la mercantil en el concurso, pues en caso contrario se introduciría una indeseable

confusión entre los principios y finalidad a la que se sirven estos dos ámbitos normativos, el del concurso de acreedores y el netamente contractual.

Lo expuesto en los fundamentos anteriores nos impide considerar, como se sostiene ahora en casación, que la correcta interpretación del artículo 170.1 de tanta cita, suponga que la Administración tenga que indemnizar, con independencia de la causa de resolución, ya sea imputable al contratista, o a la propia Administración. Sin que la aplicación de la citada cláusula pueda sortearse mediante singulares interpretaciones pues expresamente se renuncia a la indemnización “por cualquier concepto, y, por tanto, al precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por el contratista, hayan de pasar a propiedad de la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para su reversión” (...).».

2.2 Licitación de servicio de cafetería en edificio público. Exclusión de dúas candidatas por tratarse en realidade da mesma empresa. Facultades de investigación da mesa de contratación. Proba indiciaria

O TSXG, na súa sentenza do 23 de outubro de 2020 (rec. 7120/2020, relator: Fernández López), desestima o recurso promovido por unha candidata que foi excluída do procedemento de licitación do servizo de cafetería dun edificio público municipal por ter concorrido por duplicado, con dúas personalidades xurídicas, de xeito fraudulento. Afirmar a sentenza o seguinte:

«(...) es posible (...) que concurran a la licitación empresas formalmente distintas y con una apariencia de personalidades jurídicas independientes que encubren, con un propósito fraudulento, una realidad unitaria. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar esa apariencia de personalidades independientes para deshacer lo ficticio y desvelar lo que son sólo sociedades “de fachada”, a través de la doctrina del “levantamiento del velo” (SsTS de la Sala Primera de 22.11.00, 05.04.01, 30.07.02 y 27.09.06), de manera que, si así fuera, se tendría que entender que las ofertas presentadas por las empresas en esas circunstancias se consideren procedentes de una sola licitadora a fin de aplicar las consecuencias previstas en las normas contractuales y en los pliegos, esto es, la exclusión de ambas del procedimiento de contratación (artículo 145.3 del TRLCSP y cláusula 13.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares) (...).

(...) al final concluyó el juzgador que no se estaba en realidad en presencia de un grupo de empresas vinculadas, sino ante una sola empresa, en razón al conjunto de indicios concretados en la presentación el mismo día (con dos minutos de diferencia) de ofertas con la misma tipografía, idénticos datos de contacto, mismo socio único, administrador único y representante legal y existencia de un despacho de ejecución judicial contra ambas empresas en términos de responsabilidad solidaria, de cuyas resultas concluyó que una persona física realizó dos ofertas en el mismo procedimiento, aunque bajo el ropaje formal de dos personas jurídicas aparentemente diferenciadas, lo que se reforzó por el hecho de

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que, tras obtener una de ellas la mejor puntuación por haber ofrecido la mejor oferta, dejó decaer su derecho escudada en un problema burocrático, lo que iba a dejar a la segunda en la posición de ser adjudicataria.

También se atuvo la sentencia apelada a la conclusión a que llegó la STJUE de 17.05.18, asunto C-531/16, que interpretó lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, para concluir que el órgano de contratación, cuando disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos licitadores, está obligado a verificar si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes, de modo que si se demuestra que no lo son, no se les puede adjudicar el contrato a los licitadores que presentaron tal oferta. Tal conclusión no impidió que esa sentencia reconociera que el Derecho de la Unión Europea no contemplaba una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí pudieran presentar ofertas, que no podían ser coordinadas o concertadas, sino diferentes y autónomas, lo que se podía acreditar con pruebas directas, pero también por indicios que constatasen que los vínculos entre las licitadoras habían influido en el contenido de sus ofertas.

Pues bien, en este caso el órgano de contratación (...), intentó averiguar la relación que existía entre las dos empresas que habían obtenido la mejor puntuación, de cuyas resultas acordó excluir a la que quedaba (la otra se había apartado cuando se le notificó la adjudicación del contrato), tras examinar el conjunto de pruebas que tuvo a su disposición, que ya se comprende que no podían ser directas, pues si existía algún tipo de propósito fraudulento, tratarían de ocultarlo; por el contrario, llegó a la conclusión de que sí existió esa anomalía a partir de pruebas indiciarias, esto es, por las presunciones a que se llega a partir de un hecho cierto del que se pueda inferir una consecuencia coherente, razonable y no arbitraria (SsTS de 19.03.01 y 03.12.01), lo que esta sala comparte, en primer lugar, por las coincidencias a que hizo referencia el juzgador de instancia, pero también por la actuación posterior de la empresa que quedó en primer lugar (en realidad la de su único socio y administrador, que era el mismo que el de la segunda empresa), que renunció a celebrar el contrato adjudicado, en el que ofertó un canon más oneroso que el que ofertó para su segunda empresa, con la consecuencia de que se aseguraba la adjudicación en segunda vuelta, pero con una menor onerosidad, esto es, con mayor beneficio (...), lo que prueba que la relación entre ambas tuvo una incidencia determinante en la licitación.

Pero esa realidad económica unitaria, presidida por la actuación coordinada y conjunta de dos empresas formalmente diferenciadas y con su propia personalidad jurídica (pero con un único e idéntico socio y administrador), se hizo también evidente con la condena solidaria al pago de los salarios debidos a los trabajadores de una de ellas, sobre lo que se ha pronunciado en extenso la jurisprudencia del orden social, de la que son sólo un ejemplo las SsTS de 24.07.89, 22.01.90, 30.01.90, 03.05.90, 30.06.93, 29.01.98, 04.12.02 y 10.06.08».

3 Corporacións profesionais

3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colexial por un non colexiado

A Comisión de Transparencia de Galicia obrigou o Colexio Oficial de Enfermaría de Ourense a permitirlle a un non colexiado o acceso ás actas dos dous últimos procesos electorais á Xunta Colexial. O colexio impugnou a dita decisión ante o TSXG, o cal desestimou o recurso na súa sentenza do 24 de xullo de 2020 (rec. 4130/2019, relator: Martínez Quintanar). Nela analízase a natureza xurídica destas corporacións profesionais, o seu control xurisdiccional e a súa vinculación polo principio de transparencia aplicable ao sector público, coas seguintes conclusións:

«(...) todo lo relativo al régimen electoral de los Colegios Profesionales cae bajo la órbita del derecho administrativo, y subsiguiente control contencioso-administrativo. Por ello, la invocación del carácter privado de parte de la actividad colegial no es argumento que invalide la resolución impugnada, que reconoce el derecho de acceso a las actas derivadas de los dos últimos procesos electorales, desde la convocatoria hasta la toma de posesión, y la fecha de inscripción en el Registro de Colegios Profesionales correspondiente de la composición de cada una de las Juntas de Gobierno. Todo aquello que no se refiera a los datos derivados del proceso electoral y la inscripción registral de la composición de las Juntas, si estuviese documentado en el mismo soporte, podrá ser excluido del acceso, correspondiendo al colegio la desagregación de esos otros contenidos o acuerdos de naturaleza privada que, en su caso, pudieran estar incorporados a las actas, acuerdos a los que, por lo demás, solo alude de forma genérica, sin que se le haya justificado a la Comisión de Transparencia la existencia efectiva de acuerdos relativos a la actividad privada del Colegio.(...).

Una vez aclarado que el objeto de la solicitud de acceso a la información pública venía referido a una documentación de una parcela de actividad del ente colegial de naturaleza administrativa, la aplicabilidad de las disposiciones sobre transparencia contenidas en el Título I de la Ley 19/2013 al Colegio Oficial de Enfermería no ofrece duda, ya que el artículo 2.1.e) de dicha ley establece que se aplicarán a las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. En el mismo sentido, la ley gallega 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno, establece su aplicabilidad a las corporaciones de derecho público que desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, en lo relativo a sus actividades sujetas a derecho administrativo.

La aplicabilidad de estas leyes no se puede soslayar con el argumento utilizado por el colegio demandante, relativo a la existencia de un régimen específico regulador del procedimiento electoral en el colegio y un régimen legal específico en materia de transparencia (artículos 10 y 11 de la Ley 2/1974). Es cierto que la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 establece que “Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”. Pero la Ley 2/1974 no contiene una regulación del derecho de acceso a la información, sino tan solo previsiones procedimentales y en relación al régimen de publicidad activa (...).

La Ley 19/2013 diferencia las obligaciones de publicidad activa (a las que se dedica el Capítulo II, artículos 5 a 11), del derecho de acceso a la información pública (a la que se dedica el Capítulo III, artículos 12 a 24), comprendiendo la regulación del propio concepto de información pública, de los límites del derecho de acceso y la forma de ejercicio, regulando aspectos variados tales como el contenido de la solicitud, las causas de inadmisión, la tramitación, el contenido de la resolución, la formalización del acceso, el régimen de impugnaciones. El artículo 11 la Ley 2/1974 es ajeno a la regulación de estos aspectos del derecho de información pública, que no se encuentran regulados ni en la Ley 2/1974 ni en otras normas específicas referidas al colegio profesional recurrente. Debe aclararse además que una cosa es la regulación del procedimiento electoral y otra distinta la del derecho de acceso a la documentación de ese proceso, subsumible dentro del concepto de información pública. A este respecto en la contestación a la demanda se invoca el criterio interpretativo 8/2015 de 12 de noviembre, del Consejo de Transparencia y buen Gobierno, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, al entender que la misma: “vincula la aplicación supletoria de la Ley 19/2013 a la existencia de una norma específica que prevea y regule un régimen de acceso a la información, también específico. En consecuencia, sólo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la LTAIBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias. En opinión del Consejo, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita, delimite los legitimados a acceder a la misma, prevea condiciones de acceso, etc. Por ello, sólo cuando la norma en cuestión contenga una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente otros trámites o aspectos del procedimiento, podrá considerarse a la LTAIBG como supletoria en todo lo relacionado con dicho acceso.

La interpretación contraria conduciría, adicionalmente, al absurdo de que sectores enteros de la actividad pública o determinados órganos territoriales quedaran exceptuados de la aplicación del régimen de acceso previsto en la LTAIBG, siendo ésta, como es, una ley básica y de general aplicación. En definitiva, solamente aquellos sectores u órganos que cuenten con una norma normativa que prevea un régimen específico de acceso a la información que los redactores de la LTAIBG han entendido necesario preservar, aplicarán directamente dicho régimen y siempre con esta última como norma supletoria”.

Procede asumir este criterio interpretativo, a la vista de la doctrina jurisprudencial fijada recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11.06.2020, n. recurso 577/2019, n. resolución 748/2020 (...)».

3.2 Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obrigatorio de proxectos técnicos

O TSXG, na súa sentenza do 27 de xullo de 2020 (rec. 4031/2019, relator: Recio González), desestima o recurso interposto contra o acordo da Xunta Xeral do Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia (COAG) de 2016 aprobatorio da “Guía de tramitación de traballos profesionais”. Analiza pormenorizadamente a natureza e o réxime xurídico do visado colexial, concluíndo a legalidade das tarifas establecidas na devandita guía polo visado obrigatorio dos proxectos técnicos:

«En conclusión, y tal y como resulta del informe aportado:

Al visar un proxecto se comprueba que incluya todos los documentos, suscritos por técnico identificado y habilitado para ello, requeridos legalmente. Para constatar que un documento lo es realmente se comprueba que incluya el contenido exigido reglamentariamente y que tal contenido concuerde con los de otros documentos. Esta comprobación requiere de una supervisión técnica en tanto en cuanto se precisan de conocimientos técnicos para entender el contenido de los documentos, especialmente por cuanto el contenido reglamentario a incluir puede ubicarse en distintos documentos, ya que no siempre la norma es rígida al respecto.

En la supervisión se realiza un control 100% de ciertos contenidos, especialmente los que atañen a la seguridad de las personas, y otros se controlan por muestra, especialmente los de cotejo o concordancia, no siendo objeto de control los contenidos no determinados por la legislación aplicable ni los facultativos. Se atiende a la seguridad de las personas. Pero no hay fiscalización de la Lex Artis del técnico redactor del proxecto. Ello precisa de la necesidad de Arquitectos al efecto en el COAG y correlativa responsabilidad que la labor de visado por el Arquitecto Colegial genera para el COAG, que implica un coste de aseguramiento, como dispone el transcrito artículo 13.

Y en contra de lo afirmado por la parte apelante, el COAG tutela la integridad física y la seguridad de las personas por exigencia legal y por ello responde subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido de ser puestos de manifiesto por el Colegio y que guarden relación directa con los elementos objeto de este visado, si bien no responderá de los defectos que guarden relación con la Lex Artis, elemento que no es objeto de visado.

Con relación al carácter abusivo del sistema de cálculo del precio de visado, lo sería de no utilizar como referencia primera el coste del servicio de visado (coste del servicio integrado no solo por el visado obrigatorio sino también por el visado voluntario de ofrecimiento

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

obligatorio por el COAG). Y aclara que no se financia el COAG, sino que se financia el servicio de visado legalmente exigido al COAG, tratándose de un mercado de libre competencia.

La parte apelante, para demostrar su carácter abusivo, acude a determinadas simulaciones; pero ha de diferenciarse el visado y el control municipal mediante las licencias, en que se impone una tasa –para la determinación de su importe, sí que se tiene en cuenta la superficie–.

Y en cuanto a la diferenciación Proyecto Básico – Proyecto de Ejecución, se aclara que lo sujeto legalmente a visado es solo el Proyecto de Ejecución, lo que ocurre es que, junto a los documentos exigibles con carácter mínimo a un proyecto básico, los colegiados muchas veces incluyen ya los exigidos en el Proyecto de Ejecución.

Por consecuencia de lo expuesto, lo que resulta del examen de las actuaciones es que ambas partes aportan sus respectivos informes, pero de lo que se trata es de que es la parte actora la que ha de acreditar lo extremos que sostiene en impugnación de la Guía recurrida, y de la lectura del informe de la parte apelada resulta que se ofrece una explicación razonable que avala la legalidad de la misma. Tratándose de un sistema que se aplica por igual a todos, no se puede considerar que discrimine ni ponga trabas a los profesionales (...)».

4 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19)

4.1 Restricións aos dereitos de reunión e circulación

O TSXG, en varios autos do 23 de outubro de 2020 (recs. 7427/2020, 7428/2020 e 7429/2020), ratifica, conforme o disposto no artigo 10.8 da Lei xurisdiccional 29/1998 (modificado pola Lei 3/2020, do 18 de setembro), as “*medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19*” adoptadas pola Xunta de Galicia en sucesivas ordes do 21 de outubro de 2020 (DOG 212-bis do 21.10.2020), consistentes na limitación do número máximo de persoas non conviventes que se poden reunir en espazos públicos ou privados, así como en restricións de mobilidade (confinamentos perimetrais), con esta motivación:

«Las medidas sanitarias a que se refiere la solicitud implican la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental que indica la autoridad sanitaria que solicita la intervención del órgano judicial; y tienen amparo en las leyes que fundamentan la solicitud. La solicitud está justificada en el informe que la acompaña, y fue informada favorablemente por el Ministerio Fiscal.

Resulta que las medidas solicitadas son idóneas para la prevención y protección de la salud de la población a que van destinadas; necesarias dada la constatación de una situación de peligro actual y real para la salud de los ciudadanos; y proporcionadas ponderando los diferentes intereses en conflicto».

4.2 Regras sobre o uso de máscaras en praias, piscinas e establecementos de hostalaría. Desestimación de suspensión cautelar

O auto do TSXG do 31 de agosto de 2020 (rec. 7276/2020) desestima a solicitude de suspensión cautelar da resolución do 17 de xullo de 2020 da Xunta de Galicia sobre o uso de máscaras nos ditos lugares, con estes argumentos:

«(...) no se puede olvidar que estas medidas, junto con las demás que se incluyen en el acuerdo impugnado, han sido adoptadas en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional, y en donde el uso de la mascarilla forma parte de un conjunto integral de medidas de prevención y control que pueden limitar la propagación de determinadas enfermedades respiratorias causadas por virus, en particular la COVID-19.

Tal como se dice en su exposición de motivos del Acuerdo objeto de recurso, el uso generalizado de la mascarilla está demostrándose como una de las medidas más eficaces para prevenir la transmisión de la enfermedad, por lo que resulta necesario reforzar su utilización, ampliando los supuestos en que su uso resulta obligatorio, con el fin de evitar, especialmente, que las personas asintomáticas que no conocen su condición de portadoras de la infección procedan a su transmisión.

Sirve también, como se dice en las Recomendaciones sobre el uso de mascarilla en el contexto de la COVID-19 de la OMS (Orientaciones provisionales 5 de junio de 2020) para proteger a las personas sanas (cuando estas las emplean al entrar en contacto con una persona infectada) o para el control de fuentes (si una persona infectada la utiliza para no contagiar a otros).

Más recientemente, en las Consideraciones para la cuarentena de los contactos de casos de COVID-19 Orientaciones provisionales 19 de agosto de 2020, bajo el apartado de “Medidas de prevención y control de infecciones”, se dice que “Para prevenir eficazmente la transmisión de la COVID-19 en las zonas con transmisión comunitaria, los gobiernos deberían alentar a la población general a utilizar mascarillas en situaciones y contextos específicos, como en el transporte público, en las tiendas o en otros entornos cerrados o concurridos, como parte de un enfoque integral para suprimir la transmisión del SARS-CoV-2”.

En este ámbito de prevención sanitaria no puede extrañar la adopción de medidas que hagan obligatorio el uso de mascarilla en espacios públicos, como son los accesos, desplazamientos y paseos en las playas y piscinas, y en los establecimientos de hostelería y restauración, aunque se pueda garantizar la distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros.

El actor pretende eludir tal imposición bajo el argumento de que se haría casi imposible el cumplimiento de las normas de uso correcto de las mascarillas establecidas por las OMS

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

y el Ministerio de Sanidad (asearse las manos antes de ponerse la mascarilla; y después de quitarse la mascarilla o siempre que se la toque sin querer mientras se la lleva puesta, limpiarse las manos con una solución alcohólica o lavárselas con agua y jabón si se han ensuciado), omitiendo con ello los siguientes aspectos:

1.- Lo que considera normas, son en realidad recomendaciones de un uso correcto de la mascarilla.

2.- Los “posibles” riesgos para la salud por el uso de la mascarilla, y los “inconvenientes probables” del uso de mascarillas por personas sanas del público general, se recogen en el documento de Recomendaciones de la OMS sobre el uso de mascarilla en el contexto de la COVID-19.

Pero estos “inconvenientes probables” están asociados a un uso incorrecto de la mascarilla (tocamiento de los ojos con las manos contaminadas, no cambiar una mascarilla que se ha humedecido o ensuciado, el tipo de mascarilla usada, el uso de las mascarillas durante muchas horas, etc. ...).

3.- El actor, para concluir que existe un riesgo para la salud derivado del casi imposible cumplimiento de las normas de uso de las mascarillas, se sitúa en unos escenarios de incumplimiento, dando por hecho, como dice la letrada de la Xunta de Galicia, un comportamiento irresponsable de la población. Sin embargo, una incorrecta manipulación de la mascarilla o dejarla abandonada en la playa, son acciones que quedan a merced de la mayor o menor diligencia, y, por tanto, del mayor o menor cuidado con el que actúe cada persona, de manera que el riesgo para la salud deriva de su propio comportamiento, y no de una medida de carácter sanitario que está llamada a cumplir una finalidad preventiva.

Desde luego lo que no puede prevalecer en esta labor de valoración de los intereses enfrentados, es el interés particular de quien sufre una incomodidad en el uso de la mascarilla frente al interés público cuya salvaguarda subyace en la obligación de su uso. Esa incomodidad en modo alguno puede justificar la no aplicación de una medida de carácter sanitario que ha sido adoptada en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional.

Por último, en cuanto a que la Orden de 12 de agosto de la Consellería de Sanidad, sobre modificación de determinadas medidas de prevención, refuerzan la argumentación del actor para la adopción de las medidas cautelares solicitadas, esta Sala no llega a la misma conclusión, pues el riesgo para la salud lo será en el caso de un incorrecto uso o manipulación de la mascarilla. La orden de 1 de agosto de 2020 no dice que la manipulación de una mascarilla constituya un peligro o riesgo para la salud pública.

La expresión “son riesgos asociados al acto de fumar y vapear la manipulación de la mascarilla de protección (...)” ha de interpretarse en el contexto en el que se inserta, y lo es en el de la recomendación de evitar el consumo de tabaco y asociados, en ambientes

comunitarios y sociales. Y es que, tal como se dice en la exposición de motivos de la citada Orden, el acto de fumar y vapear implica necesariamente la manipulación de la mascarilla de protección, el contacto repetitivo de los dedos con la boca tras tocar productos o utensilios que podrían actuar como fómite (transmisor inanimado) del virus, la expulsión de gotitas respiratorias que pueden contener carga viral y ser altamente contagiosas, y un factor de relajación de la distancia social de seguridad. Todos estos factores, en su conjunto, suponen un riesgo para la salud pública, y para el propio consumidor de tabaco y asociados, pero no el uso de la mascarilla».

4.3 Réxime sancionador. O incumprimento das restricións de circulación impostas no primeiro estado de alarma non constitúe infracción de “desobediencia á autoridade”. Vulneración do principio de tipicidade

Desde a entrada en vigor do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, declarativo do primeiro estado de alarma da pandemia de coronavirus, formuláronse serias dúbidas sobre o réxime sancionador aplicable aos incumprimentos das limitacións de circulación establecidas no seu artigo 7. A Avogacía Xeral do Estado intentou aclaralas no seu Ditame (facultativo e non vinculante) do 2 de abril de 2020 “*sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por el incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma*”. Nel conclúese en primeiro lugar que: “*el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento*”. En segundo lugar, que ese incumprimento tampouco encaixa de xeito claro no réxime sancionador da normativa sectorial estatal de protección civil. E, en terceiro e último lugar, que, dado que as limitacións do artigo 7 RD 463/2020 teñen unha “*finalidad claramente vinculada a la protección de la salud pública*”, é posible “*calificar los incumplimientos de dicho precepto, sin forzar la aplicación de la norma, como infracciones de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública*”.

Malia iso, a Administración do Estado, a través das súas distintas subdelegacións do Goberno, procedeu a sancionar directamente eses comportamentos como infraccións do artigo 36.6 da Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá –LOPSC– (desobediencia á autoridade) sen necesidade de requirimento previo de cesamento no incumprimento.

Na Comunidade Autónoma de Galicia a primeira sentenza sobre esta controversia ditouna o Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo o 9 de outubro de 2020 (proc. abrev. 170/2020, relator: Amboage López), concluíndo a vulneración do principio de tipicidade e anulando en consecuencia a multa impugnada. Logo seguiulle o Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 1 de Vigo, coas súas sentenzas do 19 e 27 de outubro de 2020 (procs. abrevs. 144/2020 e 160/2020, relator: Fernández Barrio),

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

ditadas no mesmo sentido. Na cidade de Lugo pronunciouse xa o Xulgado Contencioso-Administrativo n. 1, na súa sentenza do 19 de novembro de 2020 (proc. abrev. 180/2020, relator: Díaz Sánchez), revogatoria da multa impugnada. E na de Pontevedra os seus Xulgados Contencioso-Administrativo n. 3, en sentenza do 11 de novembro de 2020 (proc. abrev. 167/2020, relator: López López), e n. 1, en sentenza do 24 de novembro de 2020 (proc. abrev. 210/2020, relator: Cominges Cáceres), tamén anulatorias. Na última delas, tras analizarse os principios de legalidade e tipicidade do procedemento sancionador, así como a natureza das restricións impostas e os preceptos en conflito, realízanse as seguintes consideracións de interese:

«(...) En el período de referencia las limitaciones de circulación habían sido establecidas por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. Pero no mediante un mandato individualizado comunicado a las cinco personas aquí recurrentes inmediatamente antes del supuesto incumplimiento, sino por una disposición de carácter general (con valor material de ley) dirigida de manera genérica a toda la población de España, con una vigencia que se prolongaría durante varios meses.

Se reitera la relevancia de discernir la naturaleza jurídica de “acto administrativo” o de “disposición de carácter general” (de rango legal o reglamentario, es indiferente), del mandato cuyo incumplimiento se pretende sancionar. Y se insiste en que por el cauce de la “desobediencia a la autoridad” tipificado en la LOPSC no se puede castigar la mera inobservancia de disposiciones generales. Esa práctica, sin lugar a duda, vulnera los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica consagrados en nuestra Constitución, principios anudados a un derecho fundamental (art. 25 CE) que no se suspendió durante el estado de alarma.

Tampoco se puede olvidar que la infracción de “desobediencia a la autoridad” debe interpretarse y aplicarse en el contexto y para los fines de la concreta Ley en la que se inserta, la LOPSC, como ya se precisaba en el artículo 26.h) de la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Acierta plenamente la Abogada General del Estado en su Dictamen de 2 de abril de 2020 cuando concluye que las limitaciones de circulación establecidas en el artículo 7 del RD 463/2020 guardan un vínculo mucho más estrecho con la finalidad de protección de la salud ínsita a la normativa sectorial sanitaria (artículo 27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), que con la de protección de la seguridad ciudadana (artículo 3 de la LOPSC), disponiendo la primera de su propio régimen sancionador, cuya aplicación compete principalmente a la Administración de las Comunidades Autónomas. (...)

El mencionado principio de tipicidad proscribte tanto la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones, como su interpretación extensiva (artículo 27.4 Ley 40/2015 –LRJSP–).

Existían varias alternativas, viables, sencillas, que habrían permitido aplicar un régimen sancionador adecuado a esos incumplimientos, garantizando la función de “prevención

general” necesaria para afrontar la pandemia, con seguridad jurídica y sin violentar nuestro estado de Derecho:

La primera, y más sencilla, estableciendo un régimen sancionador específico sobre el incumplimiento del confinamiento sanitario. Un amplio sector de la doctrina considera que en el propio Real Decreto del Estado de Alarma se podrían haber definido con precisión las infracciones y sanciones. Con independencia de ello, sin género de dudas se pudo establecer mediante Real Decreto-Ley. Fue precisamente lo que hizo el Gobierno más adelante. Dictó el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, en cuyos artículos 31 y ss. clarificó el régimen sancionador del incumplimiento de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria, remitiéndose a las normativas sanitaria y de prevención de riesgos laborales, y clarificando por ejemplo la tipificación de la infracción y sanción por el incumplimiento de la obligación de llevar mascarilla en la vía pública (infracción leve, multa de 100 euros).

También lo han hecho los gobiernos de varias comunidades autónomas, como el de la Valenciana, con su Decreto-ley 11/2020, de 24 de julio, en el que tipificó como infracción leve (artículo 5.5): “El incumplimiento de una orden general de confinamiento decretado”. Y como grave (artículo 6.8) “El incumplimiento del deber de aislamiento domiciliario acordado por la autoridad sanitaria competente o, en su caso, del confinamiento decretado, realizado por personas que hayan dado positivo en COVID-19”. O el de la Comunidad de Navarra, mediante su Decreto-ley Foral 9/2020, de 16 de septiembre, en el que tipificó como infracción leve: “El incumplimiento de una orden general de confinamiento decretado por la autoridad sanitaria competente”.

Obsérvese que en ninguna de estas tres regulaciones de urgencia se identifica el incumplimiento de las limitaciones del confinamiento general (ordenado por la autoridad competente) con la infracción genérica de “desobediencia a la autoridad” tipificada en el artículo 36.6 LOPSC. Y que en las tres (incluido el RD Ley estatal) se le atribuye la competencia para su sanción a las comunidades autónomas o a los ayuntamientos (dada su vinculación con la normativa sectorial de protección de la salud), y no a la Administración del Estado (al quedar descartada su conexión con la “seguridad ciudadana”).

Con toda evidencia se puede concluir que en los meses de marzo a junio de 2020 la Administración del Estado, pese a las advertencias en contra de la Abogada General del Estado, decidió proceder a sancionar por sí misma los incumplimientos de las limitaciones del confinamiento general, identificándolos de manera artificiosa y manifiestamente inadecuada con el tipo infractor de “desobediencia a la autoridad” de la LOPSC, por razones de “oportunidad” y “eficacia”, para no derivar esos expedientes a las Administraciones autonómicas, en las que realmente recaía y recae la competencia para sancionar infracciones en materia sanitaria. Al hacerlo así vulneró, como se ha dicho, el derecho fundamental reconocido en el artículo 25 de la Constitución, cuya vigencia no se suspendió con el estado de alarma (...).».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

5 Medio ambiente e urbanismo

5.1 Ordenación do territorio. Parques eólicos. Proxecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espazos protexidos dos Ancares – O Courel. Caducidade do proxecto primitivo e da súa declaración de impacto ambiental

O TSXG (secc. 3ª), en tres sentenzas do 11 de decembro de 2020 (recs. 7429/2019, 7342/2019 e 7478/2019, relator: Cambón García, inclúen voto particular), estima os recursos interpostos por varias asociacións ecoloxistas contra un acordo do Consello da Xunta de Galicia de 2019 de modificación do proxecto sectorial de incidencia supra-municipal do parque eólico Serra do Oribio, situado na Zona Especial de Conservación (ZEC) Os Ancares – O Courel, na provincia de Lugo.

As sentenzas, tras incidir no especial valor ambiental da zona en que se pretendía actuar, conclúe apreciando a caducidade do proxecto primitivo e da súa declaración de impacto ambiental (DIA), o que na práctica leva consigo a imposibilidade de aprobar a súa modificación, xa que: «en dicha área no están permitidos los parques eólicos, excepto la repotenciación de los ya existentes, conforme al Plan Director da Rede Natura, Decreto da Xunta 37/2014, de 27 de marzo». Incide así a sentenza, no seu apartado final de conclusións, en que:

«(...) el proyecto 2007-2009 estaba caducado, al no poder considerarse, por requerir en esencia un límite temporal, como una concesión “sine die”, “ad perpetuam” o “eterna”, proscrita en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que se extinguió por el transcurso de los 12 meses desde la ocupación o disposición de los terrenos, a lo que no obsta que, en 2019, hubiesen adquirido por escasa entidad para los nuevos viarios o cambios de emplazamiento, cuando para el proyecto 2007-2009 ya se disponía de los terrenos precisos para su instalación, además de haber caducado por el transcurso, sin iniciarse, de los 5 años de la legislación estatal, de aplicación analógica y supletoria, dado el vacío en la legislación gallega; porque la DIA de 2005 resulta obsoleta para amparar la evaluación ambiental del proyecto modificado de 2018, por los múltiples y variados cambios legislativos y de catalogaciones de especial protección del terreno, no pudiendo entenderse validada, por una prospección vía informes gubernativos; y, en todo caso y, porque se autoriza un P.E. en Rede Natura 2000, lo que constituye un uso o actividad prohibida por Decreto de 27.3.2014, sin que el P.E. de Oribio pueda considerarse “existente” para su excepcional autorización, por cuanto que no se había comenzado a ejecutar el de 2007-2009, no estando en explotación, ni instaladas aerogeneradores, sin que pueda “modificarse” lo que no existe, debiendo interpretarse por restrictivamente las excepciones, mayormente en supuesto de repercusión en terreno con tan altos niveles de protección, toda vez que conforme a la C.E. y Directivas Comunitarias prevalece el valor medioambiental sobre el uso o desarrollo industrial; los preceptos del Título Preliminar del C. Civil, sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 3 a 7) fundamentan la prevalencia del uso medioambiental en suelos

como la Serra de Oribio sobre el prohibido (salvo la restrictiva excepción de una favorable actualización de los existentes) uso industrial como Parque Eólico; estando ante un parque inexistente en la realidad física y material en 2014 y con un proyecto caducado por el transcurso de 12 meses sin procederse a su instalación desde la ocupación de los terrenos, que la propia resolución de 2007 que autorizó el proyecto de P.E. de Oribio consideró, entre otros motivos para su aprobación, la disposición del suelo por acuerdo con los propietarios».

5.2 Planeamento. Nulidade de plan xeral de ordenación municipal por omisión de avaliación ambiental estratéxica

O TS, na súa sentenza do 21 de outubro de 2020 (rec. 6925/2018, relator: Fernández Valverde), confirma a declaración de nulidade total do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Muxía (aprobado en 2016), por ter omitido na súa tramitación, sen suficiente xustificación, a preceptiva avaliación ambiental estratéxica. Afirmo o TS nesta sentenza que:

«(...) Debemos, por tanto, ratificar las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia, no resultando posible, en la forma realizada –esto es, mediante la declaración de inviabilidad– excluir de la evaluación ambiental de un municipio con evidentes y declarados valores ambientales sin la realización de un Informe de sostenibilidad ambiental, sin las necesarias consultas y sin Memoria ambiental, para conocer la realidad de la evaluable.

El Decreto 37/2014, de 27 de marzo, de la Xunta de Galicia, por el que se declaran zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria de Galicia y se aprueba el Plan director de la Red Natura 2000 de Galicia, resulta bien expresivo en relación con Muxía; en su Anexo I se reseñan las Zonas especiales de conservación (ZEC) de Galicia, atendiendo a los requerimientos del artículo 44 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, incluyendo la información sobre los límites geográficos de las ZEC de Galicia, sus tipos de hábitats del anexo I y las especies del anexo II de la Directiva 92/43/CEE, traspuestos a nuestro ordenamiento jurídico a través de los anexos I y II de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre. Pues bien, la número 5 es la ZEC COSTA DA MORTE (ES1110005) pudiendo observarse como su ámbito se extiende prácticamente a todo lo largo de la costa del término municipal. Por otra parte, en el Plan director de la Red Natura 2000 se señalan, apartado 2, las Zonas de especial protección para las aves (ZEPA), figurando entre las mismas la ES0000176 Costa da Morte (Norte) e integrada, por tanto, en la citada Red Natura 2000.

Por todo ello, acierta la Sala de instancia cuando procede a la anulación del PGOU de Muxía por la previa falta de acreditación y suficiencia de la declaración de inviabilidad medioambiental».

5.3 Modificación do Plan especial de protección e rehabilitación da cidade histórica de Santiago de Compostela para prohibir

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

o destino de vivendas a aloxamentos turísticos temporais. Necesidade de tramitar unha segunda información pública tras a introdución de modificacións substanciais

A sentenza do TSXG do 19 de outubro de 2020 (rec. 4031/2019, relator: Recio González) analiza a resolución do Concello de Santiago de Compostela de 2018 que aprobou unha modificación puntual do Plan especial de protección e rehabilitación da cidade histórica para restrinxir o uso de vivendas como aloxamentos turísticos temporais.

O TSXG considera que a dita restrición se motivou debidamente (“*asegurar la preservación de la ciudad histórica como lugar de residencia*”) co obxectivo de “*detener el proceso de vaciamiento residencial que supone, de facto, la proliferación de los alojamientos turísticos, que sustituyen población permanente por población flotante, amenazando así la protección de la ciudad histórica como ciudad viva y habitada*”). Tamén que se corresponde cos fins da potestade urbanística de planeamento e non incorre en desviación de poder. Pero estima en parte o recurso e anula a resolución impugnada ao apreciar un defecto de procedemento: a omisión dun segundo trámite de información pública antes da aprobación definitiva, ao introducirse no documento modificacións substanciais tras a primeira información pública.

5.4 Licenzas urbanísticas. É posible obtelas por silencio administrativo positivo en execución dun plan xeral viciado de nulidade de pleno dereito

Sobre o réxime do silencio administrativo aplicable ás licenzas urbanísticas, o TS (secc. 5ª) establecera unha reiterada e consolidada xurisprudencia segundo a cal: «*no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística*» (SS TS 28.01.2009 –rec. 45/2007–; 25.03.2011 –rec. 745/2007–; 29.09.2013 –rec. 3593/2011–; 06.02.2017 –rec. 1741/2014–, etc.). O que na práctica implicaba a imposibilidade de obter por silencio administrativo unha licenza viciada de nulidade, ou de anulabilidade.

Non obstante, na súa recente sentenza do 14 de decembro de 2020 (rec. 7929/2019, relator: Huet de Sande), aplicando normativa de idéntico contido, modifica ese criterio xurisprudencial, concluíndo que:

«1º.- El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado poco después por sentencia judicial firme, legítima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo siempre que la licencia fuera conforme con dicho planeamiento posteriormente anulado.

2º.- La declaración de nulidad de un plan general de ordenación municipal no comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que sean anteriores a que la anulación de

dicha norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza, también en los casos en los que estos actos se hayan producido por silencio positivo».

O criterio “1º” é moi innovador porque en puridade implicaría asumir que un vicio formal que ata agora se cualificaba de nulidade de pleno dereito (e que polo tanto afectaba ao plan xeral desde o momento mesmo en que se aprobou, contaminando os seus actos de execución) non se transmite ao nivel das licenzas urbanísticas. O concepto do silencio administrativo nesta materia é independente e alleo ao da intanxibilidade dos actos firmes ditados en execución dunha disposición declarada nula. Para ser “firme”, primeiro ten que producirse o silencio positivo. Ata esta sentenza non se podían obter por silencio positivo licenzas *contra legem*. Unha licenza concedida ao abeiro dun plan viciado de nulidade plena é, sen dúbida, *contra legem*. Agora o TS admite a tese contraria á súa xurisprudencia consolidada. Segundo esta sentenza, xa é posible obter por silencio licenzas *contra legem*.

Tampouco deixa de chamar a atención a súa segunda conclusión, sobre a intanxibilidade dos actos firmes, porque o inicio do prazo para que terceiros afectados ou os que exerzan a acción pública urbanística poidan impugnar as licenzas obtidas por silencio positivo require do seu recoñecemento previo en resolución administrativa expresa con pé de recursos (ademais ese prazo esténdese en Galicia a un período de seis anos tras a total terminación da obra).

En calquera caso, esta novidade terá en principio escasa repercusión práctica (máis alá de no asunto que resolve), xa que, en virtude do Real decreto-lei 8/2011, do 1 de xullo (artigo 23), se estableceu o silencio negativo, en todo caso, para as solicitudes de licenza de obras de edificacións de nova planta. Ese precepto do RDLey foi logo derogado pola Lei 8/2013 do 26 de xuño. Pero esta, pola súa vez, introduciu unha nova disposición no Texto refundido da Lei de solo de 2008 (RDLex. 2/2008), o artigo 9.8, mantendo o mesmo «silencio negativo» para as obras de nova planta, réxime que se reproduce no artigo 11.4 do Texto refundido da Lei de solo vixente na actualidade, aprobado polo Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro.

5.5 Licenza de parcelación en urbanización privada. Non se pode outorgar se as parcelas resultantes non dan fronte directa á vía pública

O TSXG, na súa sentenza do 6 de outubro de 2020 (rec. 4197/2018, relator: Díaz Casales), confirma a denegación dunha licenza de parcelación solicitada para un predio situado na illa de Toralla por careceren as parcelas resultantes de acceso directo á vía pública (trátase dunha urbanización con vías interiores privadas). A sentenza analiza pormenorizadamente a lexislación aplicable a este suposto, concluíndo que a solicitude de licenza se debe rexer pola normativa vixente no momento da resolución. Conclúe tamén que non se pode conceder a licenza de parcelación se os predios resultantes da parcelación non poden cumprir a condición de soar. E que en Galicia tal condición require do acceso directo a vía de titularidade pública, requisito que non cumpren as parcelas da zona residencial da illa de Toralla.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A APLU dispón de prazo ilimitado para poder ordenar a súa demolición. Imprescritibilidade da servidume

A sentenza do TS do 2 de decembro de 2020 (rec. 7404/2019, relator: Fernández Valverde, con voto particular de Borrego Borrego) ratifica a xurisprudencia do Alto Tribunal que interpreta a modificación da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, operada pola Lei 2/2013, do 29 de maio, no sentido de que lle permite á Administración autonómica (APLU) reaccionar en calquera momento (sen prazo de perención) fronte ás obras executadas ilegalmente en zona de servidume de protección de costas, mesmo no caso de que se ditase anos atrás unha orde de demolición anulada xudicialmente por motivos formais. Afirma así o Alto Tribunal que:

«(...) la previa resolución –sancionadora y de reposición de la legalidad– dictada por la Administración General del Estado en 1990 –y luego anulada en vía jurisdiccional en 1994–, no puede ser óbice para que la Administración autonómica competente pueda –en 2016– dictar resolución con el objeto de obligar a los recurrentes a la reposición de la legalidad alterada.

Debemos insistir, pues de ello va a derivar lo que digamos a continuación, la doctrina contenida en la STS 1194/2018, de 11 de julio (RC 953/2017), en la que, simplemente, introduciremos la matización derivada del supuesto concreto en el que nos encontramos. En síntesis, dijimos en la STS de referencia, lo siguiente, estableciendo una doctrina que es aceptada por las partes:

1º. Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas –de la costa, en este caso– al estado anterior al momento de la comisión de una infracción prevista en la LC –bien como consecuencia de una condena penal o bien de una sanción administrativa–, está prevista y contemplada en la citada LC desde 1988 y –la citada obligación– no se ha visto alterada por la modificación introducida en la misma por la LMLC de 2013, sin que de esta regulación se derive novedad alguna, sobre el particular que de ella nos ocupa.

2º. Que, impuestas, por el Tribunal penal o por la Administración de Costas, las citadas obligaciones de restitución y reposición, la LC de 1988, tras su reforma por la LMLC de 2013, sí establece (artículo 95.1.2º) un plazo máximo de prescripción de quince años, que lo es, no para la imposición de tales obligaciones, sino para la ejecución y el cumplimiento de la imposición de tales obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción.

3º. Que el citado plazo de quince años –para la ejecución de las citadas obligaciones– tiene el carácter de máximo, porque habrá de estarse, con carácter previo, al plazo que, en cada caso, se establezca en la resolución (penal o administrativa) que imponga las citadas obligaciones, con dicho límite legal.

A ello debemos añadir ahora que, a la ausencia de plazo de prescripción para la imposición de las obligaciones de reposición o restauración, no le es de aplicación el plazo (máximo) de quince años, introducido en 2013 en la LC, para la ejecución de las medidas u obligaciones de referencia, máxime en un supuesto como el de autos tales obligaciones habían sido impuestas, pero luego judicialmente anuladas, por haber sido dictada por una Administración que carecía de competencia para ello. Obvio es que tal resolución judicial suponía el reconocimiento de la competencia a la Administración autonómica de Galicia, competencia para cuya concreta ejecución, en el ámbito de las medidas de referencia, no existía –ni existe– plazo alguno.

Frente a ello no son de recibo las alegaciones de los recurrentes, pues:

a) Se trataría –lo pretendido– de una aplicación analógica de un plazo previsto para otras obligaciones, hasta el extremo que su duración podría ser modulada por la resolución en que imponga por cuanto, como se ha reiterado, los quince años podrían ser reducidos –incluso considerablemente como en el supuesto de autos, en que fie de tres meses–; modulación o flexibilidad en su duración que se acompasan mal con la rigurosa esencia de un plazo de prescripción.

b) Porque, además de analógica, se trataría de una aplicación retroactiva en relación con el dominio público marítimo terrestre o sus zonas de servidumbre; zonas cuya protección implican un interés general que no encaja con la retroactividad de las disposiciones favorables para los particulares.

c) Porque el inicio procedimental de la Administración autonómica, según expresa la resolución impugnada, viene determinada por la comprobación llevada a cabo en inspección realizada por el Servicio Provincial de Pontevedra de la APLU, en fecha de 3 de noviembre de 2015; comprobación –se insiste– de una realidad física (no discutida) que por sus características no estaba sujeta a plazo de prescripción alguno. Y, sin que, hasta dicha fecha, exista constancia –pese al tiempo transcurrido– de conocimiento de ninguna actuación autonómica desde la asunción de las competencias sobre dicha materia.

d) A ello debe añadirse que la circunstancia fáctica de que las construcciones se encuentre en la zona de servidumbre de protección, tampoco puede ser un argumento suficiente para impedir la ejecución de la decisión contenida en la resolución impugnada; la citada servidumbre se encuentra regulada en los artículo 23 y siguiente de la LC, estando limitadas las actuaciones (artículo 24) en dicha zona (cultivos, plantaciones, depósitos de objetos arrojados por el mar, u operaciones de salvamento), y sin posibilidad de efectuar cerramiento alguno. Con claridad el artículo 25.1.a) prohíbe, entre otras actuaciones, las “edificaciones destinadas a residencia o habitación”, admitiéndose sólo (25.2) “las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”.

En todo caso, lo más significativo es el mandato general establecido en el artículo 20 de la LC, conforme al cual “[l]a protección del dominio público marítimo–terrestre comprende

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado; la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones, en los términos de la presente Ley”; mandato al que, desde un ámbito de delimitación territorial, añade el siguiente artículo 21 lo siguiente: “A efectos de lo previsto en el artículo anterior, los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres que se determinan en el presente título, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción. Las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso”».

6 Persoal

6.1 Silencio administrativo en reclamacións do persoal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio da solicitude

Tras a sentenza do TS do 28 de maio de 2019 (rec. 246/2016), produciuse un “xiro copernicano” na determinación do sentido do silencio administrativo xerado nas reclamacións dos funcionarios con efectos económicos. Nela declárase a vixencia e aplicabilidade a día de hoxe do artigo 2.k) do Real decreto 1777/1994, do 5 de agosto, de adecuación das normas reguladoras dos procedementos de xestión de persoal á Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, precepto en que se lle atribuíu sentido negativo-desestimatorio ao silencio producido nas solicitudes formuladas en materia de xestión de persoal *«cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento»*.

O TSXG está a aplicar xa esta nova xurisprudencia, podendo citarse as súas sentenzas do 18 de marzo de 2020 (rec. 257/2018, relator: Seoane Pesqueira) e 17 de xuño de 2020 (rec. 269/2019, relator: Fernández Conde). Na última delas afirmase o seguinte:

«(...) La primera cuestión a resolver en el presente caso se refiere a la alegación relativa al sentido del silencio administrativo ante la falta de resolución en plazo de la solicitud formulada por la recurrente, solicitud de personal relativa a diferencias retributivas puestos de trabajo.

En este extremo sí ha de convenirse con la Administración municipal apelante en que el juez de instancia comete un error interpretativo de las normas al considerar la existencia de un silencio administrativo positivo, pues al margen de la existencia o no del silencio, este no podría considerarse positivo conforme a la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de 28 de mayo de 2019 (Recurso: 246/2016) se pronuncia sobre la vigencia del Real Decreto 1777/94, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 2 del Real Decreto 1777/1994, al recoger los supuestos de eficacia desestimatoria, en el apartado k) establece que:

“Las solicitudes formuladas en los siguientes procedimientos administrativos de gestión de personal se podrán entender desestimadas una vez transcurridos, sin que se hubiera dictado resolución expresa, los plazos máximos de resolución señalados a continuación:

K) Cualquier otro procedimiento, no incluido en el apartado 1 del artículo 3 de este Real Decreto, cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento: El plazo de resolución de estos procedimientos será el señalado en su normativa específica y, en su defecto, el general de tres meses previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en sentencia STS 1675/2019 de 28 de mayo de 2019 número del procedimiento: 246/2016, resolviendo recurso de casación en el que se identificó el interés casacional en los puntos :A) Cuál es el régimen jurídico del silencio administrativo ante una solicitud deducida por un funcionario, de obtener un determinado puesto de trabajo en comisión de servicios extensible según el recurso a una solicitud de abono por realización de funciones de superior categoría; B) Si el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se encuentra en vigor.

En los fundamentos de derecho sexto y octavo de dicha sentencia de 28 de mayo de 2019, se expresa lo que sigue:

.....”. Este Tribunal en su reciente STS 6 de noviembre de 2018, recurso casación 1763/2017 en su FJ 7º recordó:

“la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación n. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007, consideró equivocada la tesis según la cual cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a “un procedimiento iniciado a solicitud del interesado”, de modo que, si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (LPAC). En esa línea, razonó a continuación lo siguiente:

[...] El artículo 43 LPAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999 de 13-I, es aún más patente después de esta Ley. Antes de la Ley 4/1999, porque el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos más o menos formalizados; los dos primeros sin

duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, “solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedaran desestimadas si no recae resolución expresa”, porque esa normativa de aplicación no podía ser otra sino la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión. Este Tribunal en su reciente STS 6 de noviembre de 2018, recurso casación 1763/2017 en su FJ 7º recordó:

[...] Por ello en el FJ Octavo responde “que el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común.” Resulta patente que ningún Real Decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil). (...) (...)

OCTAVO.- La vigencia del RD 1777/94, art. 2.K).

Resulta patente que ningún Real Decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil).

Sin embargo, si ha sido afectado por un Real Decreto Ley, el 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y de cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Bajo ese proceloso título legislativo hallamos un precepto que ilustra sobre el carácter de negativo del silencio en el RD 1777/1994 así como su vigencia.

“Artículo 26. Sentido positivo del silencio administrativo.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que se citan en el Anexo I, el vencimiento del plazo máximo fijado, en su caso, en ese mismo anexo sin que se haya notificado resolución expresa, legitima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

En el Anexo I indica una relación de procedimientos administrativos con silencio negativo que pasa a positivo entre los que se incluyen la permuta art. 2.e) del RD 1777/1994 y la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género, art. 2.h) y k) Ninguna duda, ofrece, pues la vigencia del silencio negativo en el apartado k) salvo en lo referido a la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género por razón de la modificación operada por el RD Ley 8/2011.

Y en el fundamento jurídico DÉCIMO.- La doctrina del TS en lo que nos interesa es la siguiente: (...) (...)

..... Debe adicionarse que ninguna norma ha derogado expresamente el RD 1777/1994 ni tampoco se colige su derogación por ser contrario a norma de superior rango salvo en los puntos expresados por el RD Ley 8/2011 que no conciernen al apartado k) salvo en funcionaria víctima de violencia de género.”

Así las cosas, la falta de respuesta en plazo a esa solicitud de la recurrente sólo podía tener efectos desestimatorios, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 43.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, hoy ultimo inciso ó del tercer párrafo del apartado 1 del artículo 24.1) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (el sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados).

En el mismo sentido, en aplicación del punto k) del artículo 2 del RD 1777/1994 de Adecuación de normas Reguladoras de los Procedimientos de Gestión de Personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que vino a establecer que el sentido del silencio sería desestimatorio en los procedimientos de gestión de personal cuya resolución implicase efectos económicos actuales o pudiera producirlos en cualquier otro momento, siempre que no estuvieran incluidos en el listado del artículo 3.1 del mismo RD, lo que no es el caso; vale aquí la cita de la sentencia n. 651/15 TSJ Extremadura de 22 de diciembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de TSJ Extremadura, cuyos argumentos se comparten en lo esencial, así como de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia n. STSJ, Contencioso sección 1 del 18 de septiembre de 2019 STSJ, Recurso: 230/2019 Sentencia: 406/2019 que se comparte en lo que aquí interesa, y debe respetarse por seguridad jurídica, en tanto no demostrado concurren diferentes circunstancias que imposibiliten su aplicación.

Sin olvidar aquella STS de 6 de noviembre de 2018, Sección 4ª, recurso de casación 1763/2017, que obliga a reconsiderar la problemática que nos trae, al declarar el Alto tribunal que “el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común. Por consiguiente, cuando el ordenamiento prevé y regula un procedimiento específico para decidir determinada cuestión, es en él, no en otro, donde ha de adoptarse tal decisión.”

También en nuestro caso y como quiera que la reclamación económica deducida por la funcionaria no conllevaba la apertura de un procedimiento administrativo singular preordenado normativamente, hemos de entender, en correspondencia con el criterio

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

jurisprudencial explicado, que el silencio revestía carácter desestimatorio o negativo. Y ello ha de ser así, pese a las diferentes posiciones que se han sostenido en diversos tribunales superiores de justicia en torno al tema.

No era procedente, por tanto, atribuir efectos estimatorios a la falta de respuesta en plazo a la solicitud formulada por la recurrente, de modo que no existe acto firme estimatorio que pueda ser susceptible de ejecución.

Este motivo del recurso debe ser estimado, y la sentencia de instancia revocada».

6.2 Oposicións de acceso á función pública. Exixencia de composición paritaria (equilibrio homes-mulleres) nos tribunais selectivos: o seu incumprimento é irrelevante cando o número de mulleres supera o de homes. Consecuencias da anulación da oposición por razóns formais: non afecta aos que foron nomeados funcionarios (principios de equidade e boa fe)

O TS, na súa sentenza do 8 de outubro de 2020 (rec. 2135/2018, relator: Lucas Murillo de la Cueva), casa e revoga unha sentenza do TSXG na cal se anuláron os resultados dunhas oposicións convocadas pola Xunta de Galicia para o acceso ao corpo facultativo superior (subgrupo A.1), entre outros motivos porque o tribunal de selección estaba composto por catro mulleres e un home, incumprindo con iso a regra de paridade establecida no artigo 36 da Lei galega de igualdade 7/2004, do 16 de xullo, modificada por Lei 2/2007. Nesta sentenza o Alto Tribunal incide, a este respecto, en que:

«(...) no se debe olvidar que la prohibición de discriminación por razón de sexo no surge por azar, sino que obedece a una realidad histórica que la Constitución quiere superar: la desigualdad en perjuicio de la mujer. Por eso, la propia afirmación del principio, a su dimensión negativa añade la positiva, la que fundamenta actuaciones encaminadas a realizar la igualdad, dentro de las que cabe incluir el establecimiento de criterios como los recogidos por el artículo 60.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 53 de la Ley Orgánica 3/2007.

Por lo demás, hay que decir que la definición de “presencia o composición equilibrada” efectuada por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 –la relación 60%-40%– no se reduce a la Administración General del Estado. Se extiende a todo el ámbito sobre el que, según sus artículos 1 y 2, se proyecta. El primero, en su apartado 2 precisa que sus principios se dirigen a los “Poderes Públicos”, sin excepción, y el segundo atribuye los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación a “todas las personas”, de nuevo si excepción.

Establecidas estas premisas, debemos enfrentarnos a los hechos del caso.

Hemos visto que la composición del tribunal calificador, inicialmente equilibrada según la relación legalmente establecida 60%-40%, pasó a ser, en vez de dos hombres y tres mujeres, la de cuatro mujeres y hombre. Para la sentencia esta composición del tribunal que actuó es contraria al principio de composición equilibrada. A juicio de la Sala, no cabe establecer una solución general sobre el respeto a dicho principio en los casos en que, como aquí, ha sucedido, por cualquier causa legalmente prevista, se producen modificaciones en un tribunal calificador cuya composición inicial era equilibrada desde el punto de vista que estamos contemplando y suponen que deje de serlo. Es decir, que no respete la relación 60%-40% de mujeres y hombres como máximo y mínimo. Pueden, en efecto, concurrir circunstancias que hagan imposible mantenerla o que no deban reputarse contrarias al fin perseguido.

Esto último es lo que ha sucedido en esta ocasión, en la que cuatro personas del sexo que padece la desigualdad que se quiere corregir han terminado integrando el tribunal calificador. No parece razonable que una mayor presencia sobrevenida de mujeres deba comportar la aplicación de un criterio pensado y establecido para evitar su discriminación de forma que provoque la nulidad de la actuación administrativa. Por tanto, la modificación sobrevenida en este caso no ha de considerarse contraria al principio de composición equilibrada (...).»

Non obstante, a sentenza confirma a anulación destas oposicións por outra causa formal complementaria. Ordena retrotraer os seus trámites e repetir varias probas, pero sen afectar aos candidatos que xa foron nomeados funcionarios:

«(...) a diferencia de lo fallado por la sentencia de instancia y atendiendo a las pretensiones de los recurrentes en casación, consideramos procedente seguir la pauta ya observada por la Sala en casos precedentes sobre la situación de aspirantes que superaron procesos selectivos y fueron nombrados funcionarios en los que, años después –en concreto, cinco– y en virtud de recursos interpuestos por aspirantes que no los superaron, se aprecian vicios determinantes de su invalidez [sentencias n. 375/2019, de 20 de marzo (casación n. 2116/2016), n. 361/2019, de 18 de marzo (casación n. 499/2016), n. 1695/2018, de 29 de noviembre (casación n. 385/2016) y las que citan]. En tales ocasiones, hemos preservado su situación atendiendo a criterios de equidad y de buena fe, habida cuenta de que fueron absolutamente ajenos a las irregularidades advertidas en el desarrollo del proceso selectivo».

7 Proceso contencioso-administrativo

7.1 O mes de agosto non entra no cómputo do prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo

A sentenza do TS do 2 de xullo de 2020 (rec. 3780/2019, relator: Huet de Sande) rectifica o criterio de cómputo do prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo durante o mes de agosto que adoptara a secc. 3ª do TSXG, concluíndo que:

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

«El art. 128.2 LJCA debe interpretarse en el sentido de que, dejando a salvo el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, el mes de agosto debe descontarse en el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo y, por tanto, cuando la notificación de la actuación administrativa se produce en agosto, el plazo bimensual para la interposición del recurso contencioso administrativo debe empezar a computarse el 1 de septiembre».

7.2 Altas de oficio na Seguridade Social. Contía indeterminada. Competencia obxectiva do TSXG para o coñecemento do asunto en primeira e única instancia

A secc. 3ª do TSXG, en varios autos de datas 19 e 23 de outubro, 3 e 9 de novembro de 2020 (recs. 7193/2020, 7237/2020, 7086/2020, 7282/2020, 7284/2020 e 7260/2020, relator: Villares Naveira), modifica o seu criterio anterior e declara que lle corresponde á dita sala (e non aos xulgados do contencioso-administrativo) o coñecemento en primeira e única instancia dos recursos contencioso-administrativos promovidos fronte a resolucións da Seguridade Social de modificación do tipo de cotización no CNAE, variación de datos –clave de contrato–, alta de oficio de traballador, rectificación de datos de vida laboral e encadramento no réxime especial de traballadores do mar. Xustifica o tribunal o cambio de criterio, entre outros, no seguinte razoamento:

«(...) Nos procedementos relativos a altas ou baixas cursadas de oficio pola Seguridade Social en calquera dos réximes aplicables existe innegablemente unha dobre dimensión: dunha banda, a relativa á aplicación normativa, concernente á discusión, quer no plano fáctico, quer no xurídico, centrada na determinación da procedencia ou improcedencia de cotizar (onde as partes poñen en cuestión os feitos determinantes da obriga ou a súa cualificación para o encadramento nalgún dos réximes vixentes); e doutra banda, a dimensión económica, que é a tradución monetaria da obriga como consecuencia do encaixe normativo dunha situación previamente declarada existente. Aínda que existe esta dualidade, a preferencia legal para a cuantificación é cualificar estes procedementos como de contía indeterminada, significando así a preponderancia do debate xurídico –e a súa non sempre doada identificación cunha obrigación económica concreta– sobre a súa dimensión económica, que se presenta en moitas ocasións como accesoria ou secundaria ao debate principal sobre a procedencia de cotizar. Estas consideracións da Sala son concorrentes coas razóns que levaron ao Tribunal Supremo a sentar unha liña interpretativa conforme coa clasificación de contía indeterminada de todos os procedementos cuxa materia sexa a relativa a altas e baixas de oficio nalgún dos réximes da Seguridade Social, sen que ningunha resolución illada teña forza argumentativa abonda para cuestionar esta tese. Isto non obsta, como veremos, que naqueles casos en que o obxecto de discusión sexa exclusivamente a dimensión económica cuantitativa da liquidación da cotización, e non a posta en cuestión do dereito do que nace esa obriga, o Alto Tribunal asigne como contía a da cantidade litixiosa coa depuración previa das regras do art. 41 LXCA. (...)

De todo o anterior podemos concluír que para o Tribunal Supremo os asuntos relativos á impugnación de altas e baixas de oficio nalgún dos réximes da Seguridade Social levadas a cabo pola Administración teñen sempre a consideración de contía indeterminada, e que este principio só cede cando o único que se cuestiona sexa unha sorte de erro na cuantificación á hora da liquidación de cotas, pero non se pon en cuestión o dereito a liquidalas.

(...) Ao abeiro das anteriores consideracións, e dado que o acto impugnado, de data 28/1/2020, consiste na alta de oficio na Seguridade Social de varios traballadores existencia de prestación de servizos para unha empresa, debemos concluír que o asunto debe reputarse de contía indeterminada. O Tribunal Supremo ten declarado reiteradamente en materia de Seguridade Social que os asuntos de contía indeterminada deben considerarse como de contía superior a 60 mil euros para os efectos de determinación de competencia obxectiva e réxime de recursos (Vid. os AATS de 23 de abril de 2018: Rec. 686/2017 e Rec. 32/2017; e os xa citados STS 47/2017, de 18 de xaneiro: Rec. 1054/2015 e o ATS de 31 de marzo de 2016: Recurso 3059/2015). Por esta razón, e en aplicación do art. 10.1.m LXCA, a competencia obxectiva para o coñecemento do asunto corresponde á Sala do Contencioso deste TSXG».

Regap



8 Tributos

8.1 Imposto de bens inmobles. Exención das universidades públicas

A sentenza do TS do 5 de novembro de 2020 (rec. 697/2018, relator: Aguallo Avilés) revoga a do TSXG impugnada e declara a exención dunha universidade galega no imposto de bens inmobles (IBI):

«(...) El artículo 53.1 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria dispuso: “Constituirá el patrimonio de cada Universidad el conjunto de sus bienes, derechos y acciones. Los bienes afectados al cumplimiento de sus fines y los actos que para el desarrollo inmediato de tales fines realicen y los rendimientos de los mismos, disfrutarán de exención tributaria, siempre que esos tributos y exenciones recaigan directamente sobre las Universidades en concepto legal de contribuyentes y sin que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria a otras personas”.

La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (en lo sucesivo L. R.H.L), estableció en su disposición adicional novena, que: “A partir del 31 de diciembre de 1989 quedarán suprimidos cuantos beneficios fiscales estuvieren establecidos en los tributos locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de Régimen Local, sin que su actual vigencia pueda ser invocada respecto de ninguno de los tributos regulados en la presente ley”.

Ello se tradujo en que, durante varios años, los bienes inmuebles de las Universidades Públicas, afectados al cumplimiento de sus fines, no estuvieron exentos, tal como se ha

declarado jurisprudencialmente de manera reiterada, situación que cambió cuando entró en vigor la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en tanto en cuanto regula una exención tributaria para las Universidades Públicas en su artículo 80, del que nos interesan ahora sus apartados 1 y 4.

En ese sentido, en dicho apartado 1 se establece: “Constituirá el patrimonio de cada Universidad el conjunto de sus bienes, derechos y acciones. Los bienes afectos al cumplimiento de sus fines y los actos que para el desarrollo inmediato de tales fines realicen, así como sus rendimientos, disfrutarán de exención tributaria, siempre que los tributos y exenciones recaigan directamente sobre las Universidades en concepto legal de contribuyentes, a no ser que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria”.

Por su parte, el apartado 4 dispone: “En cuanto a los beneficios fiscales de las Universidades públicas, se estará a lo dispuesto para las entidades sin finalidad lucrativa en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Las actividades de mecenazgo a favor de las Universidades públicas gozarán de los beneficios que establece la mencionada Ley”.

La remisión a la Ley 30/1994 hay que entenderla realizada en la actualidad a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Ningún reparo existe a que tal exención no se establezca en el propio del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en lo sucesivo, TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y antes en el artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, LRHL, puesto que su artículo 9 establece que, además de las exenciones reguladas en el propio TRLRHL (y, antes en la propia LRHL), también resultarán aplicables las exenciones reconocidas en otras normas con rango de ley o que se deriven de la aplicación de tratados internacionales.

Es una exención *ex lege*. No existe base legal para entender que se trata de una exención rogada. Es *ex lege*, como lo son las exenciones previstas en el apartado 1 del artículo 62 del TRHL, que no rogada, como lo son las previstas en el apartado 2 del mismo precepto.

La exención que ahora nos interesa no ha sido derogada por la Ley 51/2002, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, en particular, ni por su disposición derogatoria única ni por su disposición transitoria tercera. Tampoco ha sido derogada por el TRLRHL. Su disposición transitoria primera no puede ser más clara, establece el régimen de los beneficios fiscales anteriores a la LRHL. Esta Ley, como bien se sabe, es de 1988 y, por tanto, no se refiere, como es el caso, a los beneficios fiscales previstos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que es posterior. El texto de dicha disposición transitoria es el siguiente: “a partir del 31 de diciembre de 1989, quedarán suprimidos cuantos beneficios fiscales estuvieren establecidos en los tributos locales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre,

reguladora de las Haciendas Locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de régimen local, sin que su vigencia pueda ser invocada respecto de ninguno de los tributos regulados en este texto refundido; lo anterior se entiende sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta de este texto refundido”.

Tampoco de la Disposición transitoria tercera del TRLRHL, relativa a los Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, se desprende que los beneficios fiscales previstos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, se hayan derogado por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, puesto que el apartado 1 de dicha disposición transitoria establece: “Los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles reconocidos a la entrada en vigor de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, cuyos supuestos de disfrute se encuentren recogidos en este texto refundido, se mantendrán sin que, en caso de que tengan carácter rogado, sea necesaria su solicitud. Se mantendrán hasta la fecha de su extinción aquellos beneficios fiscales reconocidos en dicho Impuesto cuyos supuestos de disfrute no se recogen en este texto refundido, con excepción de la exención prevista en el párrafo k) del artículo 64 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en su redacción anterior a la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que queda extinguida a su entrada en vigor”.

La exención que nos viene ocupando no ha sido sustituida por el beneficio fiscal previsto en apartado 2 bis del artículo 74 del TRLRHL, introducido por la Disposición final cuarta la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, consistente en una bonificación –potestativa para los ayuntamientos– de hasta el 95 por ciento a favor de los organismos públicos de investigación y los de enseñanza universitaria. Si reparamos en esa Ley Orgánica veremos que ninguno de sus preceptos suprime ni modifica lo dispuesto en el citado artículo 80 de la L.O. 6/2001. El mencionado apartado 2 bis del artículo 74 del TRLRHL es fruto de la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, puesto que en el proyecto publicado en el Boletín Oficial del Congreso del día 8 de septiembre de 2016 no se contenía un precepto de ese tenor. A lo largo del trámite parlamentario se sucedieron varias redacciones, pero al final prevaleció la que hemos reseñado, fruto de una enmienda transaccional, de la que se desprende que la voluntad del legislador no es la de suprimir los beneficios fiscales previstos en el indicado artículo 80 de la L.O. 6/2001, sino la de añadir una bonificación potestativa –de carácter subjetivo– para bienes inmuebles de organismos públicos de investigación y los de enseñanzas universitarias».

8.2 Imposto sobre construccions, instalaciones e obras. Base imponible: conceptos excluidos

O TSXG, na súa sentenza do 13 de outubro de 2020 (rec. 15011/2020, relator: Rivera Frade), incide en que:

«La jurisprudencia es pacífica sobre la no inclusión de los gastos generales y del beneficio industrial en la base imponible del ICIO. Respecto de los gastos generales, como dice la

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

jurisprudencia, están compuestos por una heterogénea serie de elementos que sólo de un modo indirecto incrementan el coste de la correspondiente obra. Y en cuanto a la no inclusión del porcentaje calculado como beneficio industrial del contratista, su gravamen significaría sujetar tanto la riqueza representada por la obra como el volumen de negocios del constructor».

8.3 Imposto sobre a renda das persoas físicas. Non suxeición de axudas de custo por desprazamentos do traballador para a súa actividade laboral. Carga da proba

A sentenza do TS do 3 de decembro de 2020 (rec. 6784/2019, relator: Aguallo Avilés) consolida a recente xurisprudencia que rectifica o criterio do TSXG sobre a carga da proba da vinculación coa actividade laboral das axudas de custo percibidas polo traballador exentas do IRPF. Incide o Alto Tribunal en que:

«(...) corresponde a la Administración la carga de la prueba dirigida a acreditar la sujeción de dichas asignaciones –siempre que se haya cumplimentado por retenedor y perceptor los deberes formales a los que vienen obligados–; que pasa, entre otras circunstancias, por acreditar la inexistencia del desplazamiento o que este se debió a una razón o motivo ajeno a la actividad económica o trabajo que se presta –lo cual resulta de suma facilidad para la Administración, en tanto que, en su poder deben estar la totalidad de los documentos al efecto, le basta con el simple cotejo de los documentos en su poder con la acreditación que le corresponde al pagador, sin perjuicio de que se pueda valer de cuantos medios de prueba se autorizan–.

Es el reglamento el que advierte, como se ha dejado dicho, que es el pagador el que debe acreditar el día y lugar del desplazamiento, en definitiva, su realidad, así como su razón o motivo, esto es su vinculación con la relación laboral de la que se obtiene los rendimientos. Por tanto, no pudiendo exigir la Administración al contribuyente documentos que ya estén en su posesión –ni aquellos respecto de gastos que no precisan justificación conforme al art. 9 del reglamento–, y haciendo recaer normativamente el deber del pagador de acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo, a estos efectos el contribuyente no asume más deber que cumplimentar su declaración aportando los certificados expedidos por la empresa, que de no resultar suficientes para la Administración para discernir sobre la sujeción o no de asignaciones y dietas deberá dirigirse al empleador para hacer prueba sobre dichos extremos a los efectos de la exclusión prevista en el art. 17 de la LIRPF, pues es al pagador al que se le impone reglamentariamente dicho deber. Todo ello en el buen entendimiento que siendo necesaria en todo caso la intervención del pagador para dicha acreditación, que supone en definitiva acreditar la realidad del desplazamiento, de no alcanzarse dicho objetivo por imposibilidad o insuficiencia de la acreditación, en modo alguno queda perjudicado el derecho del contribuyente de valerse de cuantos medios probatorios se autorizan legalmente para hacer prueba sobre dichos extremos; y sin perjuicio de que habiéndose producido la acreditación por parte del pagador de día y lugar del desplazamiento y de su razón o motivo, esto es acreditada la realidad del

desplazamiento, se perjudique el derecho de la Administración de determinar si estamos o no ante gastos o asignaciones excluidos, en tanto que el fundamento y fin de la exclusión no es otro que cubrir los gastos que el trabajador–perceptor tiene necesidad de hacer en el desarrollo de su actividad laboral, lo que exige la correlación entre gastos necesarios y desplazamientos realizados para el desarrollo de la actividad.

Hechas las anteriores matizaciones, ha de concluirse que no es al empleado al que corresponde probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia a los efectos de su no sujeción al IRPF, sino que la Administración para su acreditación deberá dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral».

9 Universidades

9.1 Correspondencia dos títulos universitarios anteriores ao “sistema Bolonia” co marco español de cualificacións para a educación superior (MECES)

O TS confirma na súa sentenza do 1 de xullo de 2020 (rec. 6682/2018, relator: Picó Lorenzo) unha resolución dunha universidade galega que excluíu á actora do programa de doutoramento de ciencias da saúde por non acreditar estar en posesión, polo menos, de 300 créditos ECTS, superados en estudos universitarios, tal como exige o artigo 15.1 do Regulamento interno de estudos de doutoramento. O Alto Tribunal fixa nesta sentenza, como criterio xurisprudencial, que:

«la determinación por Acuerdo del Consejo de Ministros del nivel de correspondencia entre los títulos universitarios oficiales obtenidos con la normativa anterior al “sistema Bolonia” al nivel del marco español de cualificaciones para la educación superior (MECES), no supone una completa homologación con el título de grado (MECES 2) sino una correspondencia a efectos académicos y profesionales no permitiendo el acceso a programas oficiales de posgrado salvo que se trate de un grado al que se atribuyan 300 créditos ECTS».

E iso partindo das seguintes consideracións:

«(...) no está de más añadir la existencia –aunque carezca de valor jurídico– de la nota aclaratoria de noviembre 2013 (a que hace mención la reciente sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2020, casación 5767/2018 en un recurso sobre la incorporación a la fase de investigación del doctorado) sobre la interpretación del art. 6.2.a) del Real Decreto 99/2011 de la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Esa nota decía:

“Por tanto, podrán acceder a un programa oficial de doctorado aquellos estudiantes que estén en posesión de una titulación universitaria oficial española obtenida conforme a



anteriores ordenaciones universitarias, es decir, los Licenciados, Arquitectos, Ingenieros, Diplomados, Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos (títulos que habilitan para el acceso a enseñanzas de Máster universitario), que hayan superado en el conjunto de estudios universitarios oficiales un mínimo de 300 créditos ECTS, de los cuales, al menos 60 habrán de ser de nivel de Máster.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a cada Universidad, de acuerdo con su normativa específica, determinar tanto las equivalencias entre los créditos LRU (propios de las anteriores titulaciones) y los créditos ECTS, como los criterios de valoración de los 60 créditos ECTS que, al menos, deban ser considerados como créditos de nivel de Master, a los efectos de que estos titulados accedan a los estudios de doctorado”.

La resolución de la Universidad de la Coruña confirmada primero por el juzgado de lo contencioso-administrativo y posteriormente por el TSJ de Galicia no desactiva la potestad del Estado para determinar la correspondencia de la equivalencia entre antiguas y nuevas titulaciones fijando los efectos académicos de las titulaciones pre-Bolonia.

Cuestión distinta es que del art. 6 del RD 99/2011 se concluye inequívocamente la facultad de las Universidades para determinar las equivalencias entre los créditos de las antiguas titulaciones (Ley de Reforma Universitaria, LRU) y créditos ECTS (European Credit Transfer System) en razón de su duración o carga horaria.

Tiene razón la Sala de la Coruña cuando declara la distinta regulación del acceso a los cursos del Doctorado y de los estudios conducentes a obtener el Grado y la Maestría por lo que los pretendidos efectos del RD 1393/2007 sobre el Doctorado que reclama la recurrente no tienen lugar dada la redacción del RD 99/2011.

La recurrente no ostenta un MECES-3 que le permita el acceso directo al Doctorado, conforme a la legislación más arriba reflejada, sino un MECES-2 valorado en 180 horas al que adiciona un Master de 60 horas ECTS por lo que no alcanza los 300 créditos ECTS necesarios para poder acceder a los estudios de Doctorado».

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 261-264
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4652>
© Verónica Piñeiro Soliño
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones

60 Regap

Regap



RECENSIONES

VERÓNICA PIÑEIRO SOLIÑO

Boleira de investigación en Dereito Administrativo
Escola Galega de Administración Pública
veronica.pineiro.solino@outlook.com

VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P.: *Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones*, Ediciones Endymion, Madrid, 2020, 128 pp. ISBN: 978-84-7731-653-4.

O termo oposición emprégase para facer referencia a unha das vías que, xunto co concurso-oposición e, excepcionalmente, o concurso, dan acceso á función pública tras superar unha serie de probas, avaliadas por un tribunal, nas cales cómpre demostrar os coñecementos exixidos no correspondente temario.

O acceso á función pública é un tema de gran relevancia; non en van, diso dependerá non só seleccionar os mellores aspirantes, senón atraer bos candidatos. Non obstante, malia que se discutiu en diversas ocasións sobre a necesidade de modificar un sistema en que prima unha concepción expositivo-memorística da demostración

de coñecementos, polo momento, non se acadou un consenso que permitise materializar reformas ao respecto.

Nesta obra –cuxo contido foi presentado e debatido na Xornada sobre Función Pública e Bo Goberno, celebrada en Barcelona o día 28 de febreiro de 2020– Luis P. Villameriel Presencio, funcionario de carreira do Corpo Superior de Administradores Cívís do Estado cunha dilatada traxectoria na Administración pública, aborda a modernización das oposicións dunha forma clara, concisa e exhaustiva, pero, sobre todo, construtiva. Ofrécelle ao lector un percorrido guiado pola dinámica destes procesos selectivos, centrándose no sistema de selección dos funcionarios dos corpos superiores da Administración xeral do Estado para, finalmente, achegar unha proposta articulada de *lege ferenda*.

Así, non estamos ante un mero estudo que se limite a indicar e enumerar as virtudes ou deficiencias do sistema, senón ante unha proposta de mellora que presenta unha alternativa precisa, concreta e detallada, co seu correspondente plan de implementación.

No índice da obra resúmense perfectamente os aspectos clave do traballo e, ao longo dos seus once capítulos e 128 páxinas, analízase e explícase a situación actual dos procesos selectivos dos corpos superiores para, a continuación, argumentar por que cómpre reformar o sistema, achegando solucións ao respecto.

No primeiro capítulo o autor contextualiza o seu traballo e reflexiona sobre os obxectivos que se deben perseguir para modernizar a Administración pública e, tamén, sobre os intentos falidos e oportunidades perdidas.

Neste sentido, para o autor resulta fundamental revisar en profundidade os procesos selectivos e modernizar o sistema de oposicións a través dunha norma, necesariamente con rango de lei, de tal forma que se consiga captar talento xove e innovador na función pública.

Precisamente «atraer o talento, en especial o talento xove» é o título seleccionado para o segundo capítulo da obra. Nel, centrando a análise na oposición, como sistema que, con carácter xeral, selecciona os funcionarios dos corpos superiores, o autor cuestiona a súa efectividade á hora de atraer ese talento.

Sorprende que, tras a profunda reforma realizada na educación superior co plan Bolonia e a súa metodoloxía, na selección de funcionarios dos corpos superiores, necesariamente titulados universitarios, se prescindira de elementos como as características persoais do candidato, aptitudes, experiencia profesional ou historial académico para avaliar a súa capacidade, reducindo a técnica de selección á comprobación de que o aspirante coñece de forma memorística o contido do temario.

O autor realiza unha análise comparada das experiencias doutros países como Francia e destaca positivamente que, no país galo, partise do presidente da República a iniciativa transformadora que está previsto que culmine nunha lei que reforme a función pública superior, baseándose nas propostas recollidas no Informe Thiriez, froito do encargo realizado polo Goberno francés a unha comisión de expertos, en contraste co desinterese dos responsables políticos españois pola selección de funcionarios.

Os capítulos terceiro a quinto dedícanse a analizar a regulación dos sistemas selectivos, a técnica de selección do persoal e os corpos e escalas de funcionarios, axudándolle ao lector a comprender a necesidade de modernizalos.

Como indica o autor, o EBEP limitábase a ofrecer diversas posibilidades sen concretar axeitadamente os procedementos de selección. A ausencia de concreción legal provocou, en palabras do autor, unha dispersión de prácticas selectivas, consecuencia de que sexan as “autoridades administrativas de segundo rango” e non o Parlamento ou o Goberno os que se encarguen de determinar cuestións clave dos procesos.

Así, segundo sinala, en España non existe unha política pública de selección de funcionarios superiores dirixida a atraer o talento á Administración pública, e deste xeito o enuncia, literalmente, no capítulo seis, no cal, así mesmo, expón razóns que avalan a súa afirmación. En tal sentido, retoma o exemplo francés, onde se traza a función pública superior como unha política de Estado e lamenta que en España se considere “meras cuestións de persoal”.

No capítulo sétimo, tras preguntarse que se debe facer ao respecto, propón unha modernización das oposicións incidindo no contido do programa e no deseño do proceso selectivo. En concreto, nos capítulos oitavo a décimo expón e explica as interesantes recomendacións que se concretan no que o autor denomina «proposta de lei de modernización dos sistemas selectivos dos corpos e escalas do Grupo A da Administración xeral do Estado», que se recolle no anexo da obra.

Para o autor é fundamental que os procesos selectivos sexan máis sustentables e atractivos, e, para conseguilo, propón unha serie de cuestións necesarias e urxentes.

Sen ánimo de ser exhaustivos, podemos destacar as seguintes: acabar con temarios sobredimensionados e configuralos a semellanza dos programas universitarios, en créditos ECTS, tendo en conta as horas de dedicación necesarias para adquirir os coñecementos que inclúen; transformar a configuración dos cursos de formación de potestativa a preceptiva; fixar por lei, para todos os corpos e escalas, os puntos clave do proceso selectivo, denominado polo autor como itinerario de ingreso con dúas fases, ambas as dúas selectivas, obrigatorias, diferenciadas e complementarias: unha primeira onde se realizarán probas tendentes a comprobar as capacidades do aspirante e unha segunda que pivotará arredor do curso de formación; supresión de probas orais expositivo-memorísticas; limitación e concreción do número de exercicios; posibilidade de conservar a nota dos exercicios realizados cando se supere o 60% da cualificación máxima; convocatoria de procesos selectivos conxuntos; celebración de convenios con universidades, como xa sucede nalgúns corpos, que proporcionen rango de máster ao curso de formación; ou implicar a ANECA, o INAP e os demais institutos ou centros de formación na configuración dos itinerarios de ingreso.

Para concluír, antes do anexo final, que recolle a proposta articulada do autor, no capítulo once propónse un marco temporal de dezaioito meses desde a entrada en vigor da lei suxerida para que se confeccionen e aproben os itinerarios de ingreso, de tal forma que poidan aplicarse á primeira oferta de emprego público que se convoque tras a entrada en vigor da nova regulación.

regap



RECENSIONES

Este traballo, de lectura sumamente aconsellable, incorpora a experiencia do autor como opositor, membro de tribunais de oposición e funcionario de carreira que ocupou postos de gran responsabilidade e é consciente das necesidades da Administración. O feito de coñecer os procesos selectivos desde todas as perspectivas é un valor engadido á hora de plasmar os puntos clave da reforma que se precisa e ofrecer unha proposta verdadeiramente completa.

Por todo o sinalado, trátase dunha obra recomendable para calquera xurista interesado no estudo dos sistemas de selección de funcionarios, na cal atopará unha interesante proposta de reforma.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-dецembro 2020 | pp. 265-269
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4693>
© Noelia Betetos Agrelo
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 11/12/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación

60 Regap

Regap



RECENSIONES

NOELIA BETETOS AGRELO

Investigadora da Área de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela
noelia.betetos.agrelo@usc.es

GARRIDO JUNCAL, A.: *Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 313 pp. ISBN: 978-84-91352-95-2.

Esta monografía constitúe a continuación do estudo acerca da configuración do réxime xurídico dos servizos sociais no ordenamento xurídico español. O dito traballo foi iniciado pola autora con ocasión da súa tese de doutoramento, culminada con grande éxito no ano 2015. O labor efectuado na súa monografía é encomiable, pois existen poucos estudos que se decanten por abordar como tema central a análise do réxime xurídico actual dos servizos sociais, dada a súa enorme complexidade e a escasa preocupación que o lexislador prestou a esta cuestión ata épocas recentes.

O volume estrutúrase en catro capítulos nos cales se acomete de xeito sistemático o estudo da evolución histórica no que respecta á configuración xurídica dos servizos sociais para confrontala *a posteriori* co estado actual da disciplina. No capítulo segundo, é posible atopar unha elaborada construción dogmática en que a profesora Garrido Juncal trata de introducir o lector na conceptualización do termo “servizos sociais”, así como definir cal é a natureza xurídica que reviste esta modalidade de servizo público. No capítulo terceiro, analízase o marco xurídico en que se enmarcan os servizos sociais, desde o seu encadramento no réxime xurídico constitucional, pasando pola análise da repartición competencial en materia de servizos sociais entre os diferentes niveis de goberno, con especial referencia ás leis autonómicas que regulan esta tipoloxía de servizos. Finalmente, o último capítulo, en consonancia co anterior, remata coa exposición detallada do réxime xurídico do concerto social a través dun exame transversal dos elementos obxectivos, subxectivos e procedementais que caracterizan esta institución.

Cómpre comezar esta recensión sinalando que a investigación, que neste sentido chega nun momento moi pertinente, afronta a análise crítica dos principais desafíos a que se enfrontan os servizos sociais na actualidade. Todo iso examinado desde unha óptica que permite establecer unha visión global acerca de como se desenvolveu o proceso evolutivo da institución dos servizos sociais, o que sen dúbida é esencial para comprender cales foron os factores decisivos no que ao atraso da súa consolidación se refire.

Certamente, tal como se logra albiscar no traballo, o carácter cíclico que constitúe a esencia das recesións económicas como a acaecida no ano 2008 de cuxos efectos aínda non estamos completamente repostos, así como a frustración no obxectivo de recuperación financeira lograda ata a actualidade que se viu dificultada a causa das secuelas que xa se empezan a manifestar a consecuencia da pandemia do COVID-19, fan que a implementación dun sistema de servizos sociais sólido sexa todo un reto para o conxunto das nosas administracións públicas. Así, a premisa que se extrae desta primeira aproximación pódese sintetizar baixo a idea de que os períodos de dificultade económica son unha das principais causas que inciden no grao de protección que se lles dispensa aos dereitos fundamentais socioeconómicos, coa conseguinte afectación negativa ao ámbito dos servizos sociais.

Da argumentación exposta despréndese que o núcleo central que rodea a construción dunha teoría solvente que teña como obxecto os servizos sociais se ve, a miúdo, frustrado pola posición que se lle outorga a esta tipoloxía de servizos públicos dentro do conxunto de prestacións garantidas no marco do Estado de benestar. Resulta evidente, polo tanto, que os servizos sociais viñeron ocupando tradicionalmente o lugar menos evolucionado do cuarteto que conforma xunto á sanidade, á educación e á seguridade social. O certo é que, en contraposición á fortaleza e á estabilidade que caracterizan os servizos públicos anteriormente citados, as prestacións asistenciais, por outro lado, dependen en gran medida da situación económica e da dispoñibilidade orzamentaria existente en cada momento, de tal forma que veñen resignándose a

ocupar unha sorte de categoría secundaria cuxo fin busca cubrir as necesidades que non atopan cabida na educación, na sanidade e na seguridade social.

O estudo do primeiro capítulo permitiralle ao lector, tal como o fai a autora, cuestionarse acerca do feito de se, e en que medida, o réxime xurídico dos servizos sociais se ve afectado polas tendencias políticas e sociais preeminentes na actualidade que se decantan pola destrución do sistema existente ou ben se debe avogar por unha axeitada reestruturación do modelo de Estado de benestar. A profesora fai fincapé no feito de que os servizos sociais, e máis especificamente no tocante ao nivel de garantía asistencial que se vai reclamar a través deste tipo de prestacións, vén innegablemente ligado ao contexto social, político e económico presente en cada momento, o que exige un esforzo constante por parte das institucións públicas, que teñen que adaptarse á situación cambiante. Neste sentido, aínda que resulta innegable que a dispoñibilidade orzamentaria é un elemento clave na fixación do alcance dos servizos sociais que se lles van brindar aos cidadáns en cada momento histórico, tamén convén destacar que lles corresponde aos poderes públicos garantir, en calquera caso, un contido prestacional mínimo que vén ligado á declaración constitucional do Estado social e que se deberá manter con independencia da situación financeira das arcas públicas. Finalmente, dentro do contido da primeira parte da obra, resta destacar as interesantes observacións formuladas nas que se teoriza sobre o valor que se lle debe dar á recente proliferación de disposicións normativas ditadas neste ámbito, mediante a análise dos motivos a que responde a centralidade que esta materia tivo en épocas recentes e se con ela se está a tratar de paliar as insuficiencias estruturais que presentaba o sistema ata a actualidade.

O capítulo segundo aborda unha tarefa arduamente complexa, como é sempre o conceptualización das institucións xurídicas¹, acrecentada esta dificultade no caso dos servizos sociais polo feito de estarmos ante unha acepción polisémica, o que supón que nela atopen cabida diferentes modalidades de prestacións asistenciais. Ao longo do capítulo, a autora avoga pola necesidade de restrinxir o concepto de servizos sociais, afirmando que, a miúdo, o termo se emprega para describir unha realidade tan ampla que practicamente atopan acomodo nela calquera tipo de política pública de orde social, laboral, cultural, educativa ou calquera outra de análoga natureza, o que resulta contraproducente cando se trata de materializar estas políticas ou directrices en verdadeiras prestacións en favor dos cidadáns. Pola súa vez, o lector poderá beneficiarse do labor de clasificación sempre de grande utilidade para organizar algúns dos conceptos esenciais arredor da configuración do réxime xurídico dos servizos sociais.

Efectuada a antedita tarefa de sistematización e conceptualización, a autora culmina o capítulo abordando dúas cuestións que incitan á reflexión. Por unha banda, analiza cal é a posición xurídica que ocupa o cidadán nas relacións que o unen coa Administración pública, como destinatario o primeiro e responsable a segunda na

1 Especial mención no ámbito da formación de conceptos xurídicos propios do dereito público merece a monografía de DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018. Neste sentido, a mesma autora destaca a complexidade inherente á construción dogmática no ámbito xurídico, dificultada pola imposibilidade de abranguer a totalidade das fontes dispoñibles, pero tan necesaria para o progreso da ciencia xurídica.

prestación dos servizos sociais. E, por outra banda, na última epígrafe o lector pode afondar nas observacións formuladas pola profesora Garrido Juncal sobre a natureza xurídica que cómpre recoñecerlles aos servizos sociais, así como os argumentos esgrimidos pola doutrina en relación coa súa eventual cualificación como servizo público.

Seguidamente, o capítulo terceiro dedícase á revisión do marco normativo en que se encadra a regulación dos servizos sociais. Pola súa parte, este atópase dividido en dúas epígrafes diferenciadas nas cales se aborda o estudo da constitucionalización dos servizos sociais a partir da Carta Magna de 1978, para a continuación examinar na segunda epígrafe as disposicións autonómicas vixentes que regulan esta cuestión, así como as tensións competenciais que se produciron tras as iniciativas do lexislador estatal nun ámbito cuxa competencia corresponde en exclusiva ás comunidades autónomas (art. 148.1.20º CE).

Certamente, en España a configuración constitucional do Estado social non é unha cuestión exenta de dificultades. Con carácter xeral, a lectura da nosa Carta Magna permite individuar numerosas ordes dirixidas aos poderes públicos cuxo contido incorpora verdadeiros mandatos destinados á tutela daqueles sectores da poboación que se atopan máis desfavorecidos ou en situación de vulnerabilidade. Non obstante, a redacción ambigua e as cuantiosas remisións fan que estas obrigas impostas a poderes públicos se dilúan, quedando reconducida a meros principios programáticos que deben inspirar o ordenamento xurídico, sen recoñecérselles un contido obrigatoriedade concreto. No que respecta ao estudo da regulación vixente, a totalidade das nosas comunidades autónomas asumiron, en réxime de exclusividade, a aprobación de disposicións cuxo obxectivo principal se centra na construción dun réxime xurídico completo en materia de servizos sociais. Porén, debe salientarse a tendencia crecente do lexislador nacional de “invadir” este marco competencial propio das autonomías, que, pola súa vez e de forma sorprendente, adoptaron unha actitude pasiva respecto a estas intrusionas, limitándose a adaptar a súa normativa propia ás novas directrices consagradas nas disposicións estatais².

O último capítulo céntrase no estudo das formas de xestión dos servizos sociais. Como xa resulta de sobra coñecido, no ámbito específico desta tipoloxía de servizos conflúen a iniciativa pública coa erogación privada das prestacións e demais beneficios de carácter asistencial que integran o contido da institución xurídica obxecto de análise. A conciliación das dúas formas de prestación non presenta neste sector de actividade ningunha problemática desde o punto de vista do respecto ao principio de libre competencia, fortemente implementado a partir do proceso de liberalización

2 Con carácter xeral, a base competencial a que recorre o lexislador nacional cando desexa acometer algunha intervención lexislativa en materia de servizos sociais é a sinalada no artigo 149.1.1.º da CE, que lle atribúe ao Estado a competencia exclusiva para a “regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes”; así o fixo, por exemplo, con ocasión da aprobación da Lei 39/2006, do 14 de decembro, de promoción da autonomía persoal e atención ás persoas en situación de dependencia. Este feito parece denotar a vontade do lexislador estatal de irromper nun ámbito de actuación que tradicionalmente veu desenvolvido polas comunidades autónomas, sen prexuízo das eventuais transferencias de fondos proporcionadas para financiar esta actividade prestacional. O feito de que se recorra a esa habilitación constitucional tan abstracta e pouco conectada, *a priori*, cos servizos sociais pode ser un elemento a tomar en consideración para testemuñar que o Estado invadiu competencias propias das autonomías, xa que se se atopase formalmente lexitimado para abordar este labor se ampararía nalgunha outra base de entre as expresamente previstas no artigo 149 da Carta Magna.

económica instado polas autoridades europeas. En concreto, a compatibilidade dos dous réximes, o privado, suxeito ás regras de mercado, e o público, financiado con cargo ás dispoñibilidades orzamentarias das administracións, xustifícase na relevancia social que subxace á prestación destes servizos.

Así, a normativa actual que regula as formas de xestión dos servizos sociais é o resultado dun conxunto de acontecementos que influíron de forma significativa na normativa vixente. O primeiro deles non pode ser outro que a aprobación polas institucións europeas do Cuarto Paquete de Directivas sobre contratación pública, cuestión intimamente ligada ao segundo elemento, que vén marcado polo xeito de transposición das mencionadas disposicións ao ordenamento xurídico español. Respecto a este punto, debo limitar as miñas reflexións a apuntar que a incorporación das anteriores previsións implica a eliminación do contrato de xestión de servizos públicos e, dentro deste, da modalidade do concerto, ferramenta que tradicionalmente lles daba forma aos contratos que tiñan como obxecto a prestación dos servizos sociais. Finalmente, o último fito que caracteriza esta nova regulación é a supervivencia da figura do concerto social nas lexislacións das comunidades autónomas, aspecto este último que é analizado con plena solvencia na obra, á cal nos remitimos para afondar máis sobre o tema.

Por todo o exposto, cabe concluír que a lectura do libro analizado resulta sumamente recomendable a todo tipo de público que desexe formarse na materia, xa que lles proporciona aos lectores unha visión global acerca do panorama xurídico vixente e dos retos a que se enfrontan os servizos sociais na actualidade. Todo iso analizado cun enfoque exhaustivo que garante ao lector a certeza de adquirir o coñecemento necesario sobre os sucesivos cambios que acaeceron neste eido durante a paulatina evolución da institución xurídica.

En definitiva, a obra resulta destacable non só pola gran brillantez expositiva da súa redacción, senón tamén pola accesibilidade con que se expón unha cuestión de tanto calado como a é a construción dogmática dos servizos sociais. Iso fai da monografía un instrumento sumamente aconsellable para aqueles que desexen acometer o estudo do réxime xurídico dos servizos sociais a través da análise da súa evolución histórica e da normativa vixente, así como dos desafíos e perspectivas que cómpre superar no futuro para o progreso nesta disciplina.

Regap



RECENSIONES



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 271-274
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4593>
© María Victoria Álvarez Buján
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 29/07/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación

60 Regap

Regap



RECENSIONES

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Doutora en Dereito
Universidade de Vigo
Avogada
<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>
victoriaalvarezbujan@gmail.com

ORTIZ ESPEJO, D.: *Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, 349 pp. ISBN: 978-84-9090-410-7.

A monografía obxecto de comentario é da autoría individual de D. Daniel Ortiz Espejo, doutor en Dereito e profesor asociado de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade Rey Juan Carlos (URJC), ao mesmo tempo que avogado en exercicio, que desenvolve a súa actividade especialmente no marco do dereito administrativo e financeiro. O autor presenta, á vista da súa traxectoria profesional, un perfil académico e, asemade, práctico, e xustamente nesa liña de conxunción entre a investigación e a praxe está elaborada a obra en cuestión, de singular utilidade.

Para contextualizar este traballo ou facer unha composición de lugar acerca del, debemos sinalar que toma como eixe central a 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, que implicaron relevantes novidades no que atinxe ao réxime xurídico da contratación pública. En síntese, podemos indicar que nos atopamos ante un recurso gratuíto para as persoas que decidan facer uso de tal instrumento, cuxa interposición é potestativa, de xeito que o/a recorrente pode escoller entre presentar este ou acudir directamente á xurisdición contencioso-administrativa¹, xa que contra as actuacións susceptibles de ser impugnadas mediante este recurso especial non cabe a interposición de recursos ordinarios (de alzada ou reposición). En definitiva, este recurso supón un mecanismo, á disposición dos licitadores, para controlar que a actuación administrativa se axuste á legalidade e, máis en particular, á observancia das previsións e exixencias establecidas na mencionada LCSP.

En canto ao deseño e contido do traballo, debemos sinalar que, tras a compilación de abreviaturas utilizadas ao longo del e das consideracións efectuadas a xeito de introdución, se atopa estruturado en cinco capítulos perfecta e estratexicamente organizados. Ao final inclúe, en epígrafes separados, unha guía de formularios tipo e un decálogo para a preparación dun recurso especial en materia de contratación. Así mesmo, recolle o conxunto de resolucións citadas, o glosario de termos de contratación pública e as referencias bibliográficas empregadas como apoio e soporte para a redacción da obra, ademais dun directorio con información práctica dos tribunais administrativos de contratación. En suma, trátase dun traballo completo, que toca todos os aspectos importantes e de interese teórico e práctico relativos ao recurso especial en materia de contratación.

Afondando xa no contido de cada capítulo, debemos salientar que o primeiro de se titula “Aproximación ao recurso especial en materia de contratación”. Este capítulo posúe un corte preliminar ou introdutorio, que comeza abordando os antecedentes existentes en relación con este particular tema obxecto de estudo, para proseguir coa análise dos motivos que xustifican este recurso especial, a súa incorporación e regulación no noso ordenamento. Neste contexto, examínase tamén a natureza xurídica e as características que reviste o referido recurso, ademais da delimitación do seu ámbito de aplicación (que se viu ampliado pola nova Lei de contratos do sector público), tanto subxectivo como obxectivo.

O segundo capítulo céntrase nos “Aspectos orgánicos dos tribunais administrativos (TACRC, tribunais autonómicos, provinciais e municipais)”. Aquí, tras realizar unha exposición de cuestións previas, dedícanse dúas epígrafes individualizadas a examinar as particularidades do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais e dos tribunais autonómicos de contratación pública. Deseguido, afóndase no estudo dos órganos competentes para a resolución do recurso especial en materia de contratación

1 Non obstante, cómpre precisar que, se se opta por interpor o dito recurso, non se poderá interpor recurso contencioso-administrativo ata que este sexa resolto de xeito expreso ou se producise a súa desestimación presunta (por silencio administrativo).

nas entidades locais, pondo o acento loxicamente, por un lado, na Lei 57/2003, do 16 de decembro, de medidas para a modernización do goberno local, e, por outro lado, nos tribunais propios das deputacións provinciais e municipais, punto en relación co cal se resaltan os problemas sobre a determinación da competencia. Como peche do capítulo, analízase o Estatuto dos membros, debullando o significado e o alcance da independencia do órgano, a competencia para o nomeamento, os requisitos dos membros, a súa inamovibilidade e a duración do mandato.

Pola súa banda, o terceiro capítulo abunda nos aspectos procedementais do recurso especial en materia de contratación, sendo esta, quizais, ao noso xuízo, a parte máis práctica da obra, de singular utilidade para profesionais da avogacía, xa que, ademais de examinar en detalle os fundamentos xurídicos relativos ás partes, a súa capacidade, representación e lexitimación, desenvolve todos os aspectos clave das distintas fases en que se compón este recurso especial, isto é, a interposición, tramitación (con instrución, remisión do expediente e proba) e resolución. Márcanse aquí, dun xeito ilustrativo, didáctico e rigoroso, as pautas relativas á forma, lugar, efectos e prazos de interposición, aludindo ademais á posibilidade de solicitar e adoptar medidas cautelares, as causas de inadmisión e os supostos de acumulación. En relación coa resolución, trátanse aspectos concernentes ao prazo máximo para resolver, ás formas anormais de terminación anticipada (desistencia, extinción por imposibilidade e conformidade), ás aclaracións sobre o recurso, á indemnización de danos e perdas, á fixación de garantías e á súa devolución, ademais de á execución das resolucións e á revisión das decisións dos tribunais. Reflicte aquí o autor un pleno dominio das figuras e institutos procesuais, así como dos conceptos propios do dereito administrativo.

O capítulo cuarto, que leva por título “O réxime de invalidez dos contratos administrativos”, iníciase coa realización dunha aproximación aos cambios e novidades introducidos pola LCSP, para afondar seguidamente no réxime de invalidez dos contratos administrativos, examinando con detalle os supostos de invalidez, as causas de nulidade, as cales se distinguen das causas de anulabilidade, a revisión de oficio e a invalidez no dereito civil.

Por último, o capítulo V recompila, a xeito de guía, a principal doutrina dos tribunais administrativos de recursos contractuais. Con iso preténdese sistematizar a inxente e variada casuística que continuamente se formula respecto da resolución dos recursos especiais en materia de contratación. Clasifícase así a doutrina existente e que en moitos aspectos é cambiante, por bloques temáticos, fundamentalmente atinentes aos pregos de contratación, ao procedemento de licitación, á admisión de ofertas, á exclusión de licitadores, á adxudicación e aos criterios de valoración, á marxe doutras cuestións que tamén poden suscitarse no marco da resolución desta clase de recurso especial. Sen lugar a dúbidas, este apartado en particular facilítalles notoriamente o estudo da temática aos operadores xurídicos que necesiten empaparse da regulación, funcionamento e efectos deste recurso na práctica.

Chegados a este punto e unha vez que reflectimos sinteticamente o contido global desta obra, como broche ou peche a esta recensión, non podemos facer outra cousa máis que recomendar a súa lectura, de contido non só académico e investigador,

Regap



RECENSIONES

senón tamén práctico (como o seu propio título xa prognostica) e rica no manexo de fontes bibliográficas polo seu autor. En efecto, a obra, que resulta notablemente amena, preséntase apta e de sumo interese para todos os operadores xurídicos, ao tratar un tema que cada día se atopa máis en voga no marco do dereito administrativo e do funcionamento práctico da Administración pública e, por conseguinte, do noso Estado, e que suscita –e continuará suscitando– desafíos, polémicas e controversias.

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 60, julio-diciembre 2020 \ Number 60, July-December 2020

Sumario/Summary

1 ESTUDIOS / STUDIES

Concepción Barrero Rodríguez

Las causas generales de resolución de los contratos administrativos.
En particular, el incumplimiento del contratista: una puesta al día. 279
*General causes of termination of administrative contracts. In particular,
contractor breach: an update*

Francisco Javier Sanz Larruga

Derecho a una información sanitaria veraz y a una buena gestión de
los datos epidemiológicos. Una asignatura pendiente en España con
motivo del COVID-19 311
*Right to accurate health information and good management of
epidemiological data. A pending issue in Spain due to COVID-19*

José Antonio Rodríguez Míguez

Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los Estados: el reto de la
eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis. 369
*Pandemic, State aid and aid to the States: the challenge of efficient allocation
of public resources in times of crisis*

Fernanda Paula Oliveira

La ordenación del territorio y los retos que plantean las áreas de baja
densidad de población: breves notas sobre la realidad portuguesa. 401
*Spatial planning and the challenges posed by low population density areas:
brief notes on the Portuguese reality*

2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Almudena Valiño Ces

La mediación en el proceso contencioso-administrativo. Una perspectiva comparada entre el derecho portugués y el derecho español. . . . 425
Mediation in the contentious-administrative process. A comparative perspective between Portuguese and Spanish law

Víctor José Barbeito Pose y Julián Bustelo Abuín

Los entornos de protección en la Ley 5/2016 y en el Plan básico autonómico. . . . 445
Settings of cultural heritage in 5/2016 Act and the Basic Regional Plan

Juan Francisco Rodríguez Ayuso

Principio de autoría en los trámites ante las administraciones públicas: adaptación a la nueva era digital. 459
Principle of authorship in procedures with public administrations: adapting to the new digital era

Patricia Iglesias Rey

La integridad en la contratación pública. El papel del Consello de Contas de Galicia en la prevención de la corrupción y en la gestión de riesgos en la contratación pública. 481
Integrity in public procurement. The role of the Consello de Contas de Galicia in the prevention of corruption and risk management in public procurement

Francisco de Cominges Cáceres

Jurisprudencia contencioso-administrativa. 495
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIONES / REVIEWS

Verónica Piñeiro Soliño

Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones. 539

Noelia Betetos Agrelo

Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación. 543

María Victoria Álvarez Buján

Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación 549

Proceso de selección e avaliación dos orixinais

Normas de publicación 555

Proceso de selección y evaluación de los originales

Normas de publicación 559

Selection and evaluation process of originals

Publication requirements 563

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 279-310
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4687>
© Concepción Barrero Rodríguez
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 26/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

As causas xerais de resolución dos contratos administrativos. En particular, o incumprimento do contratista: unha posta ao día

Las causas generales de resolución de los contratos administrativos. En particular, el incumplimiento del contratista: una puesta al día

General causes of termination of administrative contracts. In particular, contractor breach: an update

60 Regap

Regap



ESTUDIOS

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
<https://orcid.org/0000-0002-5500-8662>
barrero@us.es

Resumo: Este estudo ten por obxecto o exame das novidades introducidas nas causas xerais de resolución dos contratos administrativos pola Lei de contratos do sector público de 2017, con especial atención á doutrina dos órganos consultivos e á xurisprudencia xa existente co fin de expor en que sentido se puidesen ter aclarado as dúbidas que a norma presenta, pero tamén co de determinar, o que é igualmente importante, que outros problemas suscitados pola regulación legal de 2017 seguen pendentes.

Palabras clave: contrato administrativo, resolución, incumprimento do contratista, garantía, indemnización de danos e perdas.

Resumen: El presente estudio tiene por objeto el examen de las novedades introducidas en las causas generales de resolución de los contratos administrativos por la Ley de contratos del sector público de 2017, con especial atención a la doctrina de los órganos consultivos y a la jurisprudencia ya existente con el fin de exponer en qué sentido hayan podido aclararse las dudas que la norma presenta, pero también

con el de determinar, lo que es igualmente importante, qué otros problemas suscitados por la regulación legal de 2017 siguen pendientes.

Palabras clave: contrato administrativo, resolución, incumplimiento del contratista, garantía, indemnización de daños y perjuicios.

Abstract: The purpose of this study is to examine the novelties introduced in the general causes of termination of administrative contracts by the Public Sector Contracts Law of 2017 with special attention to the doctrine of the advisory bodies and the existing jurisprudence in order to explain in what sense the doubts brought up by the regulation presents have been clarified, but also, in order to determine, which is equally important, which other problems raised by the 2017 legal regulation remain pending.

Key words: administrative contract, termination, contractor breach, warranty, compensation for damages.

SUMARIO: 1 El objeto de estudio. 2 Consideraciones generales sobre la resolución del contrato administrativo. 3 Las causas generales de resolución de los contratos administrativos. 3.1 Su determinación y algunas ideas sobre los diferentes motivos de resolución establecidos en el artículo 211.1 de la LCSP. 3.2 En particular, el incumplimiento del contratista. 3.2.1 Los incumplimientos del contratista determinantes de una posible resolución del contrato. 3.2.1.1 El incumplimiento por el contratista de la obligación "principal" y de las restantes "obligaciones esenciales". 3.2.1.2 La demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución del contrato. 3.2.1.3 El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones laborales. 3.2.2 Los efectos de la resolución. 3.2.2.1 El punto de partida: la confusa regulación del régimen jurídico anterior. 3.2.2.2 Las consecuencias de la resolución en la LCSP: el retorno a las reglas de la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 y la falta de previsión de la resolución con origen en el artículo 211.1.i).

1 El objeto de estudio

En diferentes trabajos publicados con ocasión de la promulgación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), examinaba las innovaciones introducidas en la resolución de los contratos administrativos por la nueva disposición y dejaba constancia de las dudas que suscitaban algunas de sus reglas, así como de los problemas que el régimen anterior planteaba y a los que, sin embargo, la norma no daba respuesta, toda vez que, como viene siendo tradicional en nuestro derecho, a la ley de ese año, en consonancia con las directivas comunitarias que incorpora, preocupan más otras fases de la contratación pública, limitándose, en lo que se refiere a la extinción del contrato, y en particular a su resolución, a reproducir, con algunas excepciones significativas en las que centraba mi atención, las normas procedentes de disposiciones anteriores¹. En este nuevo trabajo, transcurridos ya casi tres años desde la entrada en vigor de la ley, me propongo valorar la aplicación de sus reglas en esta materia, cómo están siendo interpretadas en aquellos extremos en los que planteaba alguna duda y qué aspectos de ese régimen necesitan aún de aclaración e, incluso, de una mejor regulación. Una tarea que efectuaré fundamentalmente al hilo del análisis

1 BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017", *Documentación Administrativa*, n. 6, 2017, pp. 52-70, y BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, la resolución por incumplimiento del contratista", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 28-29, 2017-2018, pp. 51-80.

de los dictámenes del Consejo de Estado y de sus homólogos autonómicos, así como de los pronunciamientos judiciales existentes.

He de advertir que mi atención se va a centrar en las causas generales de resolución de los contratos administrativos, las previstas en el artículo 211, prescindiendo, por consiguiente, de las propias de cada uno de los contratos típicos², respecto de las que la ley mantiene la regulación prevista en el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSPP), en la que no introduce más variación que la subordinación del rescate en los contratos de concesión de obras y servicios, a una “gestión directa por la Administración” siempre y cuando esta sea “más eficaz y eficiente que la concesional”.

2 Consideraciones generales sobre la resolución del contrato administrativo

Antes de proceder al análisis de las diferentes causas generales de resolución de los contratos administrativos, conviene recordar el propio concepto de la institución que nos ocupa, así como dejar constancia de los principios que enmarcan su ejercicio en el ordenamiento vigente.

La LCSP, como ya lo hacían las disposiciones precedentes, se limita a declarar en su artículo 209 que “los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución”. Ahora bien, no ofrece, como nunca lo ha hecho la norma administrativa, una definición, que parece dar por sabida, de este modo de conclusión del vínculo contractual ante el desarrollo de la institución en el derecho civil, al que suele acudir para la concreción del concepto³. No es preciso, sin embargo, que nos adentremos en el análisis de la figura en esta rama del ordenamiento ni en la doctrina desarrollada a su amparo, para concluir, como siempre lo han hecho los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa, que la resolución nos sitúa ante “una extinción anticipada de un contrato perfeccionado”, un “modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal”⁴. Esa “circunstancia” determinante de la ruptura del contrato puede revestir, si nos atenemos a lo hoy dispuesto en el artículo 211 de la LCSP, naturaleza y caracteres muy diferentes. Puede afectar a la personalidad del contratista o al contenido del contrato, de imposible ejecución en los términos acordados y sin que sea posible su modificación. Y puede también derivar del propio acuerdo de las partes contratantes o, lo que es mucho más frecuente, del incumplimiento del contrato por alguna de ellas. Hay además causas de resolución que suponen la ruptura obligada del vínculo

2 Las recogidas en los artículos 245, 279, 294, 306 y 313 en relación, respectivamente, con los contratos de obra, concesión de obra pública, concesión de servicios, suministros y servicios.

3 Como puede comprobarse, por ejemplo, en el Dictamen 79/2019, de 12 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón.

4 En términos que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de marzo de 2018 (JUR 2018/136736) toma de la definición ofrecida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de junio de 2004. Desde esta base se llama la atención sobre la improcedencia de la resolución ante contratos ya extinguidos, como recuerda, por ejemplo, el Dictamen 486/2019, de 21 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, expresivo de otros muchos en el mismo sentido.

contractual “en tanto que su mera concurrencia implica una vulneración del interés público inherente a la contratación administrativa”⁵ y causas, es la regla general de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 212.2, que facultan a “la parte a la que no sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma” a “instar la resolución”. Nada impide, además, es de hecho una hipótesis relativamente frecuente según revela el análisis de la doctrina de los órganos consultivos, la concurrencia de diversas causas de resolución con efectos diferentes, en cuyo caso será aplicable, como determina el artículo 211.2, que positiviza la regla tradicionalmente defendida por el Consejo de Estado y por el Tribunal Supremo⁶, “la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”. Si, por el contrario, sus efectos son los mismos, resulta “indiferente la causa de resolución que concurra” o, incluso, que “concurran ambas”⁷. Conviene advertir, no obstante, como lo hace por ejemplo el Dictamen 93/2020, de 5 de marzo, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, sobre la necesidad de no confundir estos supuestos de concurrencia de causas de resolución con aquellos otros en los que, ante un determinado supuesto de hecho, se produce una “concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista”, los “llamados incumplimientos recíprocos”, de los que la LCSP de 2017 sigue sin ocuparse en la que constituye una de las lagunas más importantes del derecho de la contratación pública.

Debe también tenerse presente que la resolución del contrato administrativo constituye, así queda recogido en el artículo 190 de la LCSP, una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en defensa del interés público inherente a la contratación administrativa⁸, y “cuyo ejercicio se encuentra reglado desde el punto de vista formal y material”⁹, por lo que “es necesario apreciar de una manera estricta” las causas que la habilitan “en el contexto de los hechos acreditados en el expediente”¹⁰,

5 En expresión del Dictamen 278/2019, de 10 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

6 En tal sentido, Dictamen del Consejo de Estado 47.892, de 4 de julio de 1985, o Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997/7320), exponentes de una doctrina firmemente consolidada. Así se expresaban también el resto de órganos consultivos antes de que, como reconocen en todos los casos, la LCSP haya convertido en norma esta regla. Por ejemplo, Dictámenes 282/2018, de 11 de julio del Consejo Consultivo de Castilla y León; 1/2019, de 25 de enero, del Consejo Consultivo de La Rioja; 512/2019, de 28 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid; 727/2019, de 27 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana; 335/2020, de 10 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía; 13/2020, de 11 de marzo, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares; o 193/2020, de 27 de agosto, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

7 Como manifiesta, entre otros, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 366/2020, de 24 de junio.

8 Como con frecuencia destacan los diferentes órganos consultivos. Así, y entre otros, Dictámenes 265/2019, de 20 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid; 68/2020, de 20 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; o 387/2020, de 8 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía.

E.M.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN ha reflexionado, en términos a los que me remito, sobre la significación e importancia de la configuración de la resolución del contrato como una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en el ámbito de la contratación pública (“Capítulo XLV. La extinción de los contratos. La resolución”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2333-2341).

9 Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 357/2019, de 25 de septiembre.

10 En términos tomados, ahora, del Dictamen 154/2019, de 30 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, pero en una idea en la que insisten los pronunciamientos del resto de órganos consultivos, como puede comprobarse, entre otros, en los Dictámenes 165/2018, de 7 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi; 139/2019, de 3 de abril, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; 82/2019, de 19 de diciembre, de la Comisión Jurídica de Extremadura; o 32/2020, de 13 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

y de ahí, también, la importancia del procedimiento de resolución contractual¹¹, lo que, sin duda, contrasta con la parquedad de la LCSP en su regulación, que se reduce, al igual que en las leyes precedentes, a la previsión, en su artículo 191¹², de un trámite de la audiencia al contratista y el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las comunidades autónomas “cuando se formule oposición” por su parte¹³. En espera de un próximo reglamento de la LCSP que pueda desarrollar este procedimiento, debe aplicarse el establecido en el artículo 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, del Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995, que mantiene su vigencia, como ya la tuvo al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y de su texto refundido, en lo que no se oponga a los mandatos de la nueva disposición. Un precepto que, a los trámites previstos en la ley, añade la audiencia “del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía”¹⁴. Sí determina la Ley de 2017 el plazo máximo en el que estos procedimientos “deberán ser instruidos y resueltos”, ocho meses¹⁵. Una previsión, sin duda, oportuna, pues, ante el silencio de sus predecesoras, venía aplicándose el supletorio de tres meses previsto en la norma común del procedimiento administrativo, plazo claramente insuficiente ante la complejidad que, por lo general, revisten estos procedimientos¹⁶. La falta de resolución y notificación en plazo supone, si el procedimiento se ha iniciado a solicitud del contratista, que “podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver” de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 2^a.1. De haberse incoado de oficio, se producirá su caducidad, como reconocen una consolidada doctrina de los diferentes órganos consultivos, así como la jurisprudencia¹⁷.

Regap



ESTUDIOS

-
- 11 Así lo hacen, sin excepción, todos los órganos consultivos que, ante la constatación de que no se ha seguido correctamente, consideran “necesario devolver el expediente” al objeto de que se le dé cumplida tramitación. En tal sentido pueden verse los Dictámenes 787/2019, de 19 de noviembre, y 335/2020, de 10 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía; 56/2019, de 29 de agosto, de la Comisión Jurídica de Extremadura; 185/2020, de 23 de julio, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o 360/2020, de 29 de julio, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.
- 12 Para el caso de la Administración general del Estado y entidades del sector público estatal, la norma exige igualmente el “informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195”.
- 13 Oposición que, como aclaran los órganos consultivos, “existe no solo cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de aquella, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la resolución pretendida por la Administración” (Dictamen 268/2019, de 13 de noviembre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias). Cabe, de otra parte, insistir en la trascendencia de este dictamen cuya ausencia determina la invalidez de la resolución dictada con “la retroacción del procedimiento administrativo de resolución contractual tramitado” al momento oportuno “para que se solicite el informe preceptivo y se dicte otra resolución teniendo en cuenta las alegaciones del interesado y este informe” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de septiembre de 2019, JUR 2019/286944).
- 14 El GRUPO DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO se ha referido a los problemas generados por “el déficit regulatorio de que adolece en vía reglamentaria” este procedimiento (“El procedimiento de resolución contractual: Plazo, suspensión y caducidad”, *Revista de Estudios Locales*, n. 223, 2019, pp. 74-76).
- 15 Artículo 212.8. Un plazo que, como establece el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, deberá computarse desde «la fecha del acuerdo de iniciación» en el caso de incoarse el procedimiento de oficio, o desde que la solicitud «haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para su tramitación» en los supuestos en los que sea el contratista el que, con su petición, da lugar a la apertura del procedimiento.
- 16 Como siempre manifestó, en términos que comparten otros órganos consultivos, el Consejo de Estado (Dictámenes, entre otros, 690/2015, de 27 de julio, o 750/2016, de 10 de noviembre).
- 17 En tal sentido, Dictamen del Consejo de Estado 363/2017, de 29 de junio, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2019 (JUR 2019/214120).

Igualmente, dispone la ley, lo hace en el artículo 213.6, que “al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato” podrá iniciarse “el procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato”, que “quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución”, aplicándose “la tramitación de urgencia a ambos procedimientos”, quedando entre tanto el contratista “obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado”¹⁸.

No es, sin embargo, el análisis del alcance y características generales de la resolución de los contratos administrativos o el de las cuestiones relativas al procedimiento para su ejercicio lo que me interesa en este estudio, en el que, como anticipaba al comienzo, me propongo indagar en las causas de resolución contractual previstas en el artículo 211 de la LCSP, con especial atención a su interpretación por los órganos consultivos y los tribunales, con el fin de exponer en qué sentido hayan podido aclararse sus dudas, pero también con el de determinar, lo que es igualmente importante, qué otros problemas suscitados por la regulación legal de 2017 siguen pendientes.

3 Las causas generales de resolución de los contratos administrativos

3.1 Su determinación y algunas ideas sobre los diferentes motivos de resolución establecidos en el artículo 211.1 de la LCSP

El artículo 211 de la LCSP recoge las siguientes causas de resolución del contrato administrativo:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En todo caso, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

18 No obstante, si no puede asegurar tales medidas, “la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero”. Añade la norma que su retribución, a falta de acuerdo, será fijada por “el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato”, y que el contratista “podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación, que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles”.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán asimismo causas de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º. Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º. Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando, dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio de este, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del impuesto sobre el valor añadido.

h) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta ley.

i) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato”.

Estamos, como es notorio, ante causas de significado y alcance muy distinto, a lo que puede añadirse su muy diferente incidencia práctica. El estudio de la doctrina de los órganos consultivos permite, en efecto, comprobar cómo, en muy raras ocasiones, se plantea una resolución del contrato fundada en esas causas que afectan a la personalidad o capacidad del contratista¹⁹, e, incluso, a su solvencia. La favorable situación económica existente en los primeros años de vigencia de la Ley 9/2017, abruptamente rota por la COVID-19, contribuye sin duda a explicar, junto a la frecuencia con la que las situaciones de insolvencia van precedidas de un incumplimiento del plazo de ejecución que se convierte en la razón determinante de la ruptura del contrato, la escasez de dictámenes que informan propuestas de resolución con origen en la situación concursal de la contratista, lo que, sin duda, cabe lamentar, pues nos impide conocer la interpretación de los órganos consultivos, y también de los tribunales, sobre algunos extremos

19 En este grupo se encuadran las causas previstas en el artículo 211.1.a): “la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista” en los casos en los que no vaya acompañada de una nueva persona jurídica que la sustituya o, la que le suceda, no reúna las condiciones de solvencia necesarias. Uno de los escasos ejemplos de resolución contractual por este motivo que se encuentran en la doctrina de los órganos consultivos es el que nos brinda el Dictamen 412/2019, de 17 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León, en un supuesto en el que “la empresa contratista ha dejado de ostentar –por su propia voluntad– la condición de agencia de viajes y, por ende, carece de capacidad para ejecutar la obligación principal del contrato que se le ha adjudicado”. El dictamen abunda además en las condiciones que han de concurrir para que resulte posible la sucesión de empresas que prevé el artículo 98 de la propia LCSP. A las diversas incidencias que, en estos supuestos, pueden producirse se ha referido, desde el ámbito doctrinal, A. CEA AYALA (“La resolución de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 14, 2018, pp. 18-19).

de la regulación de esta concreta causa de resolución –que, recordemos, ha dejado de ser, en determinados supuestos, causa de ruptura obligada del contrato²⁰– precisados de aclaración y que afectan a materias tan importantes como el destino de la garantía, asunto resuelto por el TRLCSP anterior en una previsión que la disposición vigente elimina²¹, o el posible deber del contratista, cuestión, por el contrario, sobre la que la disposición de 2011 también guardaba silencio, de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que la extinción anticipada del contrato pueda ocasionarle, lo que cabe esperar que pronto clarifiquen los órganos consultivos y los tribunales, al no haberlo hecho, como hubiera sido deseable, el legislador²².

También resulta extraño, de otra parte, encontrar dictámenes que acepten una resolución por mutuo acuerdo, toda vez que, aunque solicitada con relativa frecuencia por los contratistas, la norma, hoy reconocida en el artículo 212.4 de la LCSP, que circunscribe este modo de extinción del contrato a los supuestos en los que “no concurra otra causa de resolución” que le sea imputable, reduce extraordinariamente su ámbito de aplicación²³. E igualmente, y a pesar de las importantes innovaciones introducidas a partir de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en la modificación de los contratos administrativos y en la resolución ligada ella, son muy pocos los dictámenes que se pronuncian sobre ella, lo que hace pensar que estamos ante un motivo poco habitual de ruptura anticipada del contrato. En una regulación

20 En efecto, la Ley de 2017 modifica la regla recogida en el artículo 224.2 del TRLCSP de 2011, que establecía que la apertura de la fase de liquidación del concurso daba “siempre lugar a la resolución” del contrato, dejando, por el contrario, en manos de la Administración pública contratante la posibilidad de elegir, como establece su artículo 212.5, entre la disolución del contrato o su mantenimiento si “razones de interés público así lo aconsejan” y “siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución”.

21 Así es. En la LCSP ha desaparecido la previsión del texto refundido anterior que determinaba que “sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”. Ante la falta de previsión al respecto y en espera de la interpretación que puedan ofrecernos los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa, habrá que estar al propio pronunciamiento que la Administración, obligada a ello por el artículo 213.5, haga sobre “la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía” en el acuerdo de resolución, que deberá respetar la regla hoy establecida por el artículo 111.1, que condiciona su devolución al hecho de que la resolución se haya producido “sin culpa del contratista”. La aplicación de este precepto podría llevar al mantenimiento de esa misma solución, de entenderse que la calificación culpable del concurso confiere esa misma naturaleza a la resolución que de ella trae causa, algo, sin embargo, que, como estudié en un trabajo anterior, no puede ser aceptado pacíficamente (BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la Ley de contratos del sector público de 2017. En particular, la resolución por incumplimiento del contratista”, cit., pp. 56-57). El único dictamen encontrado que informa favorablemente una resolución por concurso conforme al régimen establecido en la LCSP de 2017, el Dictamen 278/2019, de 10 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, prescinde de cualquier consideración sobre su calificación a fin de avalar la propuesta de resolución que, como único efecto derivado de la ruptura del contrato, “propugna, la retención de la garantía constituida a fin de que pueda vincularse a la misma la cobertura de las deudas salariales existentes”, solución que “se incardina en el marco previsto en el artículo 130.6 de la LCSP”. No existen, de otra parte, sentencias que apliquen el régimen previsto en la Ley 9/2017.

22 El citado Dictamen 278/2019, de 10 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, afirma expresamente que “no se han considerado en la propuesta los eventuales efectos que se plasmaron en el acuerdo incoatorio del procedimiento, relativos a la exigencia de daños y perjuicios y declaración de prohibición de contratar para la empresa afectada, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento sobre los mismos”.

23 Se trata además de una circunstancia exigida siempre con todo rigor por los diferentes órganos consultivos en supuestos en los que también concurre la otra condición impuesta por la norma: la existencia de “razones de interés público (que) hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”. Así puede comprobarse, entre otros, en los Dictámenes 47/2019, de 19 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; 578/2019, de 10 de octubre, del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia; 82/2019, de 19 de diciembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi; o 386/2020, de 8 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía. En el caso de resolución por este motivo, “los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas”, como hoy dispone el artículo 213.1 de la LCSP, debiendo procederse a la devolución de la fianza.

con origen en esa disposición y sobre la base de la distinción de la que parte la norma entre modificaciones previstas en los pliegos del contrato y modificaciones aplicables *ex lege*²⁴, reguladas en los artículos 204 y 205, respectivamente, el artículo 212.2, en conexión con lo dispuesto en el 211.1.g), prevé la resolución obligada del contrato ante la necesidad de variaciones que no puedan efectuarse –supuestos en los que “ha de entenderse que priman las razones de interés público implicadas en los principios de la licitación frente a las que puedan requerir la modificación del contrato a ejecutar por el mismo contratista”²⁵–, así como, de otra parte, “una resolución potestativa tanto para la Administración como para el contratista”, cuando, siendo esta posible, implique, “aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”. Los efectos de la resolución por este motivo quedan determinados en el artículo 213.4. El contratista tendrá derecho “a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar”, tanto en las hipótesis en las que la resolución se impone ante la imposibilidad de ejecutar la prestación sin una alteración del contrato que legalmente no puede efectuarse como en aquellas otras de naturaleza potestativa al exceder la cuantía de la modificación del límite previsto en la norma, derecho que, no obstante, se excluye cuando “la causa sea imputable al contratista” en el primero de los supuestos; y, en el segundo, cuando “rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205”²⁶. Nada establece la LCSP sobre el destino de la garantía en estos supuestos de resolución contractual. Aunque hasta el momento no hemos encontrado ningún pronunciamiento que, en su aplicación, se pronuncie sobre el particular²⁷, no se aprecian inconvenientes, ante la coincidencia del régimen vigente con el derogado, para la continuidad de la interpretación, efectuada al amparo del TRLCSP anterior,

Regap



ESTUDIOS

- 24 En efecto, el artículo 203.2 de la LCSP determina que los contratos solo podrán modificarse “cuando así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares” en los términos fijados en el 204, o, “excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego (...) siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205”. Fuera de estos supuestos, “si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá precederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes (...)”. El artículo 211.1.g) incorpora a su listado de causas generales de resolución la derivada de “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205”.
- 25 Insiste HORGUÉ BAENA en que “no se hace cuestión en el dato de que el objeto del contrato deba modificarse, si es necesario para atender el interés público que se pretende, sino que se haga en detrimento de las reglas de publicidad, igualdad de trato y transparencia. Si la remodelación del objeto del contrato no encaja en los supuestos que limitan los márgenes de la legalidad de la modificación, habrá de resolverse y licitar uno nuevo, cuyo objeto dé respuesta a la finalidad pública que con el mismo se persigue” (HORGUÉ BAENA, C., “Capítulo XLIII. Modificación de los contratos”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 2258).
- 26 Se trata, a juicio de HORGUÉ BAENA, de “una solución ponderada, a mi juicio, no solo porque se da el mismo tratamiento con independencia de cuál sea la causa que ha llevado a la extinción del contrato, sino también porque se iguala al contratista de la Administración con el de otro poder adjudicador cuando la causa de resolución es la imposibilidad legal de la modificación contractual” (“Capítulo XLIII. Modificación de los contratos”, cit., p. 2260). Sobre los efectos de la resolución por este motivo, pueden verse también las consideraciones de CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP”, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 128-129.
- 27 Los pocos dictámenes que enjuician resoluciones de contratos ligadas a su modificación –como son los casos de los Dictámenes 383/2019, de 30 de mayo, del Consejo de Estado, o 366/2020, de 24 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía– no realizan ningún pronunciamiento al respecto.

favorable a su devolución si, como con carácter general ocurre, nos encontramos ante “una causa de resolución ajena al incumplimiento de la empresa contratista”²⁸.

En realidad, la causa que con una mayor frecuencia determina la decisión administrativa de romper unilateralmente el contrato es la fundada en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, lo que ha permitido a los órganos consultivos y a los tribunales adentrarse en el análisis e interpretación de la regulación que ofrece la Ley de 2017, de ahí que centre mi atención en ella, lo que nos permitirá comprobar cómo algunas de las dudas inicialmente planteadas por sus normas pueden considerarse resueltas, pero también constatar que existen otras aún por aclarar.

3.2 En particular, el incumplimiento del contratista

El incumplimiento del contratista constituye, como decimos, la causa a la que con mayor frecuencia se anuda la resolución del contrato administrativo y la que tradicionalmente, además, ha suscitado mayores problemas interpretativos en una regulación que tanto en la fijación de los presupuestos de hecho que la legitiman como en la determinación de las consecuencias que le son propias ha ido variando en todas las normas sobre contratación pública, incluida la Ley de 2017, que se han ido sucediendo desde el siglo XIX. Dos son pues las cuestiones que resulta obligado analizar. De una parte, los incumplimientos del contratista con un posible efecto resolutorio del contrato; de otra, los efectos de la ruptura del contrato por este motivo.

3.2.1 Los incumplimientos del contratista determinantes de una posible resolución del contrato

En el artículo 211.1 de la LCSP aparecen tres causas de resolución del contrato, dos de ellas tradicionales en nuestro ordenamiento y otra novedosa en las normas sobre contratación pública, con origen en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, las recogidas, respectivamente, en sus letras d), f) e i); esto es, la demora en los plazos de ejecución, el incumplimiento de la obligación principal del contrato o de sus obligaciones esenciales concurriendo ciertas condiciones y la infracción de las obligaciones establecidas en los convenios colectivos en vigor. Comenzaremos nuestro análisis con el examen del incumplimiento de la obligación “principal” y obligaciones “esenciales” del contrato, en el que, sin duda, debe integrarse el específicamente referido al plazo contractual, para terminar con ese nuevo motivo de extinción vinculado no ya a las obligaciones surgidas del propio contrato, sino a las derivadas de la normativa laboral.

28 En tal sentido, Dictámenes 195/2015, de 9 de abril, y 992/2018, de 24 de enero de 2019 del Consejo de Estado, o Sentencia de 29 de abril de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (RJCA 2019/363).

3.2.1.1 El incumplimiento por el contratista de la obligación “principal” y de las restantes “obligaciones esenciales”

La norma recogida en el vigente artículo 211.1.f), que sanciona con la posible resolución del contrato el incumplimiento por el contratista de la “obligación principal del contrato” o de “las restantes obligaciones esenciales”, constituye el eslabón último de una evolución que conviene recordar brevemente, toda vez que esos antecedentes históricos resultan fundamentales para la propia comprensión e interpretación de las reglas dispuestas en este precepto. Omitiendo antecedentes más antiguos, cabe destacar que fue la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, la que, frente a las fórmulas más amplias de disposiciones anteriores²⁹, introdujo en su artículo 112.g) el carácter “esencial” de la obligación cuya infracción por el contratista faculta a la Administración para resolver el contrato, convirtiendo así en norma la interpretación del Consejo de Estado y la jurisprudencia contencioso-administrativa que, bajo la confesada influencia de lo dispuesto por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, habían ya circunscrito, vigentes tales disposiciones, la potestad administrativa resolutoria del contrato a los incumplimientos “graves y de naturaleza sustancial”, a los relativos a sus “cláusulas esenciales”, no a los de aquellas “acesorias y complementarias”³⁰. El artículo 206.g) de la Ley de contratos del sector público de 2007, 223.f) de su texto refundido, mantendrá esta exigencia, aunque da un paso más respecto de la disposición precedente al establecer que esas “obligaciones esenciales” han de estar “calificadas, como tales, en los pliegos o en el contrato”. Un requisito con el que se ponía fin “al problema interpretativo de determinar qué debía entenderse por deber esencial”³¹, pero que planteaba, sin embargo, un interrogante importante, el de si la Administración contaba o no con la posibilidad de romper un contrato ante la infracción por el contratista de obligaciones que, pudiendo considerarse esenciales de acuerdo con el régimen propio del contrato, no venían, sin embargo, tipificadas como tales en sus pliegos³². Una duda finalmente resuelta en favor de esta posibilidad, pues, como mantendrá el Consejo de Estado en una interpretación compartida por la generalidad de los órganos consultivos autonómicos, “la voluntad evidente del legislador es incentivar el celo de los redactores de los documentos de contratación

Regap



ESTUDIOS

29 Así, el artículo 65 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales de 1953, que se refería al incumplimiento por el contratista de “las obligaciones que les incumban”, o el 52.1 de la Ley de contratos de 1965, que vinculaba la posible resolución al “incumplimiento de las cláusulas contenidas en el mismo”.

30 En este sentido, y entre otras muchas, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1992 (RJ 1992/2994), 17 de mayo de 1997 (RJ 1997/3932) o de 15 de julio de 1998 (RJ 1988/5903), o el Dictamen del Consejo de Estado de 9 de junio de 1988 (expediente número 52006).

31 En términos, por ejemplo, del Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 230/2016, de 14 de septiembre.

32 D. RUIZ DAIMIEL se expresará en términos críticos a esta previsión advirtiendo, además, que la nueva LCSP, en elaboración cuando reflexionaba sobre el particular, “no solucionará los problemas planteados por la actual, sino que los agravará” (“La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. Una crítica a la actual regulación formalista”, *Observatorio de Contratación Pública, Sección Opinión*, octubre de 2016).

y moderar el empleo de la potestad de resolución, pero no impedirle en casos de incumplimientos groseros y flagrantes o que demuestren una voluntad del contratista rebelde al cumplimiento”³³.

La LCSP vigente vuelve a modificar el presupuesto de hecho de esta causa de resolución procedente ahora, como establece su artículo 211.1.f), cuando el contratista, norma inexistente en el TRLCSP de 2011, incumpla “la obligación principal del contrato”, o, previsión que sí hereda de esta disposición, cualquiera “de las restantes obligaciones esenciales siempre que (...) hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento técnico descriptivo”, aunque añade dos requisitos inexistentes en ese texto refundido: que la determinación de las obligaciones de esta naturaleza respete “los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos”, esto es, no sea contraria “al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”; y “figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca”, no siendo “admisibles cláusulas de tipo general”. El precepto recoge, en realidad, dos causas de resolución contractual diferentes, si bien, como se ha dicho, “estrechamente imbricadas”³⁴, como tendremos ocasión de comprobar. Analicemos brevemente una y otra.

– *La obligación principal del contrato coincide con la prestación que constituye su objeto*

Cumplido el tercer aniversario de la promulgación de la LCSP, puede considerarse plenamente consolidada la interpretación que sobre este específico motivo de ruptura contractual ofrecía el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de ley, en el que identificaba esa obligación con la propia prestación objeto, en cada caso, del contrato. Una previsión, añadía el alto órgano consultivo, que, de aprobarse, como ocurrió, acabaría con “la dificultad interpretativa” que planteaba la Ley de 2007 y su texto refundido, en su aplicación a aquellos contratos en los que los pliegos calificaban “de esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista” pero omitían esa “calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad”³⁵. En realidad, la ley viene, en este punto, a

33 Dictamen 47/2016, de 23 de diciembre, expresivo de otros en el mismo sentido. Esta interpretación favorable, en términos del Dictamen 300/2019, de 10 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, a la prevalencia de “la nota de la esencialidad de la obligación sobre el aspecto formal” será, en efecto, compartida, desde sus primeros pronunciamientos en la materia, por los órganos consultivos de Andalucía (Dictamen 926/2018, de 13 de diciembre), Castilla-La Mancha (Dictámenes 95/2018, de 15 de marzo, o 279/2018, de 27 de julio), la Región de Murcia (Dictamen 217/2015, de 28 de julio), La Rioja (Dictámenes 20/2016, de 20 de junio, o 47/2016, de 23 de diciembre), Canarias (Dictamen 401/2018, de 4 de octubre), Castilla y León (Dictámenes 282/2018, de 11 de julio, 474/2018, de 15 de noviembre, y 490/2018, de 28 de noviembre) o Madrid (Dictámenes 153/2018, de 27 de marzo, y 287/2018, de 21 de junio). Otros Consejos Consultivos, como los de Aragón y Principado de Asturias, terminarán adhiriéndose a ella (Dictámenes, respectivamente, 142/2017, de 12 de junio, y 43/2015, de 5 de marzo), aunque inicialmente mantuvieran una posición contraria, como puede comprobarse en los Dictámenes 82/2012, de 29 de mayo, del Consejo Consultivo de Aragón, y 40/2014, de 3 de marzo, del asturiano.

34 Dictamen 239/2020, de 10 de octubre, del Principado de Asturias.

35 Interpretación en la que coincidirán también los primeros comentaristas de la ley. Así lo hacen J.M. FERNÁNDEZ ASTU-DILLO (*El nuevo régimen de la contratación pública*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1193-1194) o R. GUERRERO ANKERSMIT (“Comentario al artículo 211”, Recuerda Girela, M.A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1245-1246). Sobre la obligación, con un carácter más general, del contratista de cumplir con la prestación objeto del contrato, me remito a las consideraciones de J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE (“Capítulo XLI. Prerrogativas, derechos y obligaciones”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2128-2132).

positivizar la interpretación del Consejo de Estado, seguida por los órganos consultivos autonómicos³⁶, que, bajo la vigencia del régimen derogado, mantenían que la falta de ejecución del contrato “puede incardinarse en el ámbito del artículo 223.f)” del TRLCSP, “en tanto que incumplimiento de una obligación esencial, incluso aun cuando no estuviera así calificada expresamente en el pliego”³⁷.

De esta forma, y desde un análisis siempre atento a las circunstancias de cada supuesto, viene considerándose que procede la resolución del contrato, al haber incumplido el contratista con su “obligación principal”, en los supuestos en los que no ejecuta las obras que constituyen su objeto³⁸ o las realiza en términos distintos de aquellos a los que se había comprometido³⁹; en contratos de servicios, cuando no da cumplimiento a la prestación básica a la que este sirve⁴⁰; o, en contratos de suministros, no entrega en plazo los bienes a los que se había comprometido⁴¹, o estos no reúnen las condiciones o características estipuladas en el contrato⁴². En definitiva, y en términos tomados del Dictamen 24/2020, de 6 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en “la nueva causa legal de resolución” se incardinan

-
- 36 En efecto, los órganos consultivos autonómicos no habían dudado a la hora de calificar como “esencial la obligación central, nuclear del contrato” (Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid 153/18, de 27 de marzo), aquella que tiende a la “determinación y concreción” de su objeto “de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato” (Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias 374/2019, de 17 de octubre, y 457/2019, de 5 de diciembre). En el mismo sentido, y entre otros muchos, pueden verse los Dictámenes 474/2018, de 15 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León; o 926/2018, de 13 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía.
- 37 Dictamen 325/2015, de 29 de enero, que cita el anterior 602/2013, de 26 de junio, en el que el Consejo de Estado ya se había expresado en tales términos.
- 38 Numerosos dictámenes de diferentes órganos consultivos concluyen, en efecto, que el contratista incurre en un incumplimiento de su “obligación principal” causante de una ruptura del contrato, en supuestos en los que “no ejecuta las obras objeto del mismo” (Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 443/2019, de 28 de noviembre), renuncia a ellas (Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 47/2019, de 17 de enero, 164/2019, de 20 de febrero, o 203/2020, de 25 de marzo; o Dictamen 102/2019, de 5 de abril, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña), las paraliza de manera indefinida (Dictamen 53/2019, de 6 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha) o, tras levantar la Administración la suspensión legalmente acordada, no las reinicia a pesar de haber sido emplazado para ello “en reiteradas ocasiones” (Dictamen 21/2020, de 29 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi). En definitiva, en supuestos en los que “su abandono resulta, pues, patente” (Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 639/2019, de 3 de octubre o 35/2020, de 23 de enero), la empresa “rehúsa continuar con la ejecución del contrato en los términos pactados en los pliegos” (Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 468/2019, de 19 de diciembre).
- 39 Por ejemplo, realiza “de modo incorrecto” las actuaciones de mantenimiento de las instalaciones objeto del contrato (Dictamen 100/2020, de 17 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi) o no utiliza en la ejecución de la obra el material al que se había comprometido (Dictamen 186/2020, de 23 de julio, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias).
- 40 Así, y en un contrato de “servicios educativos y formativos”, no atiende “a la oferta educativa básica prevista en la cláusula quinta del PPT, así como al plazo de finalización de la actividad del curso” (Dictamen 492/2019, de 4 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha); en el que tiene por objeto el “servicio de mantenimiento y socorrismo de la piscina municipal”, no observa “las obligaciones que garantizan las medidas higiénico-sanitarias para el uso de la piscina en condiciones adecuadas y de seguridad para los usuarios” (Dictamen 833/2018, de 27 de diciembre, Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana); o en el celebrado para la defensa jurídica de un Ayuntamiento, no presenta “temporariamente el recurso de suplicación encargado (...) al haber fijado erróneamente el *dies a quo* del cómputo del plazo de presentación del recurso con la consiguiente pérdida de oportunidad procesal para el consistorio” (Dictamen 386/2019, de 28 de septiembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña).
- 41 Supuestos de los que se encuentran ejemplos, entre otros, en el Dictamen del Consejo de Estado 1089/2019, de 19 de marzo de 2020; o en los Dictámenes 168/2019, de 13 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña; 603/2019, de 30 de octubre, o 652/2019, de 20 de noviembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana; 150/2019, de 11 de diciembre, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares; o 324/2019, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.
- 42 En este sentido, pueden verse los supuestos analizados por los Dictámenes, exponentes de otros en el mismo sentido, 185/2020, de 23 de julio, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; 125/2019, de 13 de febrero, o 551/2019, de 18 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía; 162/2020, de 11 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León; o 54/2019, de 21 de marzo, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

“aquellos incumplimientos que materialmente frustran la consecución del objeto del contrato”, con lo que ya no hay que acudir, como ocurría al amparo de la normativa anterior, a “interpretaciones, más o menos forzadas o extensivas, de otras causas resolutorias” al objeto de “superar las dificultades que planteaban los casos en que, habiendo abandonado el contratista la ejecución del contrato, no se hubiera adoptado la precaución de recoger tal circunstancia entre las obligaciones contractuales esenciales, por más que materialmente fuere la de mayor relevancia”.

– *El incumplimiento de las “restantes obligaciones esenciales”*

El artículo 211.1.f) de la LCSP no solo faculta a la Administración para la resolución del contrato ante el incumplimiento por el contratista de su “obligación principal”, sino que extiende también esta posibilidad a los supuestos en los que ese incumplimiento recae, concurriendo ciertos requisitos, sobre las “restantes obligaciones esenciales” del contrato. Varias ideas deben destacarse en el análisis e interpretación de esta segunda cláusula de ruptura contractual recogida en este precepto.

Ante todo, ha de repararse en que el expreso reconocimiento del incumplimiento de la “obligación principal” como motivo propio de disolución del contrato excluye de este otro supuesto resolutorio aquellos incumplimientos que suponen la inejecución del contrato, los más claros exponentes precisamente de la violación de obligaciones “esenciales” bajo la vigencia de las leyes de 1995 y 2007⁴³. Una correcta interpretación de la previsión que ahora examinamos debe llevarnos, pues, a la conclusión de que su ámbito de aplicación queda circunscrito al incumplimiento de obligaciones que, sin impedir que se realice la prestación objeto del contrato, merecen ese calificativo de “esencial” de acuerdo con el régimen que lo vincula.

De otra parte, debe destacarse que, aunque la nota de “esencial” que caracteriza a estas obligaciones nos lleva, en su clara condición de concepto jurídico indeterminado, al terreno de la necesaria valoración de cuáles de ellas son o no merecedoras, en cada contrato, de tal condición, esa tarea de concreción no ha quedado, sin embargo, en manos del intérprete y aplicador del derecho, toda vez que el propio artículo 211.1.f) impone a los pliegos del contrato su fijación “de manera precisa, clara e inequívoca”, no “siendo admisibles cláusulas de tipo general” en las que pudieran integrarse incumplimientos inicialmente no previstos⁴⁴. Esa enumeración además ha de respetar, como indica también el precepto, “los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos”; esto es, que “no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. De esta forma, y como

43 Son muchos los dictámenes que nos ilustran, en efecto, sobre cómo la interrupción o el abandono de las obras, la suspensión de la actividad sin causa que la justifique en contratos de servicio público, o la falta de entrega en plazo de los bienes comprometidos o su suministro en condiciones defectuosas, en contratos de esta naturaleza, se consideran, tanto en aplicación de la Ley de 1995, como en la de 2007, incumplimientos de obligaciones “esenciales” que facultan a la Administración para romper el contrato (Dictámenes, entre otros muchos, 3113/2002, de 30 de enero, 742/2004, de 29 de abril, 1259/2007, de 30 de septiembre, y 1979/2009, de 22 de diciembre, del Consejo de Estado; o Dictámenes 279/2018, de 27 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, 20/2016, de 20 de junio, del Consejo Consultivo de La Rioja o 401/2018, de 4 de octubre, del órgano consultivo canario. Unos incumplimientos reconducidos hoy, como hemos visto, al de la “obligación principal del contrato”.

44 En cuya importancia han insistido ya, por ejemplo, los Dictámenes 165/2018, de 7 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, o 47/2019, de 19 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

expresa el Dictamen 47/2019, de 19 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, “el legislador ha reforzado las exigencias impuestas a los redactores de la documentación preparatoria del contrato, sobre quienes pesa la carga de anticipar de manera “clara, precisa e inequívoca” los incumplimientos “que por afectar a obligaciones esenciales podrán dar lugar a la extinción del contrato”, previsión, además, que “deberá efectuarse con diligencia y rigor máximos”. Y es que, como señala la propia Junta Consultiva de Contratación con apoyo en la doctrina del Consejo de Estado, “una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que esta debe serlo *ab initio*, esto es, debe estar vinculada al objeto del contrato y elementos de un contrato en particular, de manera que constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes”⁴⁵. Ante la necesidad de una correcta determinación de estas “obligaciones esenciales”, que, de concurrir, “serían apreciables de forma automática”⁴⁶, no debe tampoco pasar desapercibido, como apuntó el Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de ley, que el listado de causas de resolución de la LCSP no concluye ya, a diferencia de las disposiciones a las que sucede, “con una remisión a las que se establezcan expresamente en el propio contrato”, por lo que “para que este efecto extintivo pueda modularse en función de las características propias de cada contrato la única opción remanente será la identificación en el pliego de dichas obligaciones esenciales, lo que habrá de tenerse en cuenta al confeccionarse el mismo”⁴⁷.

Finalmente, y aunque la LCSP vigente contenga una determinación mucho más precisa de esta causa de resolución que la existente en normas anteriores, entre otras razones al otorgar cobertura explícita a los incumplimientos que sin estar previstos en los pliegos afecten a la obligación principal del contrato, no cabe excluir que pueda seguir planteándose, es verdad que con menor intensidad que antes, la posible ruptura del contrato con base en el incumplimiento de obligaciones que puedan considerarse esenciales de acuerdo con su propio régimen pero que no han quedado recogidas como tales en ese documento⁴⁸. Una posibilidad, como dijimos, claramente reconocida bajo la vigencia de la norma anterior en una interpretación que primaba la naturaleza de la obligación frente al elemento puramente formal de su calificación, y que habrá que permanecer atentos para ver si se perpetúa o no en la aplicación de la disposición de 2017. Hasta la fecha, no hemos encontrado ningún dictamen que se plantee y pronuncie abiertamente sobre la cuestión, aunque es cierto que existe alguno que quizás apunte en sentido contrario a esta posibilidad⁴⁹.

45 Informe 63/11, de 17 de julio de 2012.

46 Como mantuvo la Sentencia de 10 de junio de 2020 (JUR 2020/202714), de la Audiencia Nacional, en su interpretación del artículo 223.f) del TRLCSP.

47 Otros órganos consultivos se pronuncian, ya promulgada la ley, en los mismos términos. Por ejemplo, el de Andalucía en sus Dictámenes 516/2019, de 11 de julio, o 296/2020, de 28 de mayo.

48 No obstante, no cabe olvidar que la propia LCSP establece algunos incumplimientos a los que liga un posible efecto resolutorio del contrato en aplicación del artículo 211.1.f). Es el caso del artículo 215.3 en relación con el incumplimiento de las condiciones que rigen la subcontratación.

49 Dictamen 47/2019, de 19 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

El análisis de los dictámenes de los órganos consultivos que informan favorablemente propuestas de resolución fundadas en el artículo 211.1.f) de la LCSP evidencia el carácter residual adquirido por una ruptura contractual fundada en el incumplimiento de esas “restantes obligaciones esenciales”, frente al más común, representado por el de aquellos otros que “materialmente impiden la consecución del objeto del contrato”, el de la “obligación principal”. Entre los escasos ejemplos que se encuentran figuran la falta de pago del canon pactado en un contrato para la prestación del servicio de cafetería en un centro de asistencia a personas dependientes⁵⁰, la infracción de “las medidas de seguridad y salud previstas en la normativa vigente y en el plan de seguridad y salud”, en un contrato de obras de rehabilitación y ampliación de un edificio⁵¹, o la falta de aportación del programa informático que es “premisa indispensable para llevar a cabo el resto de las prestaciones contratadas”, en un contrato que tenía por objeto la elaboración, gestión y mantenimiento del inventario de bienes del municipio que contrata⁵². No obstante, es importante advertir cómo no son pocas las ocasiones en las que los órganos consultivos, en el mismo sentido que las propuestas sobre las que informan, se limitan a avalar una resolución fundada en el artículo 211.1.f) aunque sin precisar en cuál de las cláusulas del precepto se incardinaría concretamente el incumplimiento que la justifica⁵³, lo que es comprensible toda vez que la distinción entre los dos motivos de ruptura del contrato que la norma recoge no pasa de constituir una cuestión, de gran interés teórico, sin duda, aunque carente de trascendencia práctica en la medida en que los efectos de la resolución son, en ambos casos, los mismos.

– Consideración final

Las reglas previstas en el artículo 211.1.f) de la LCSP constituyen el último paso, hasta ahora, de un proceso de evolución marcado por la reducción progresiva del ámbito de aplicación de la causa de resolución vinculada al incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, así como del margen de valoración de quienes han de interpretarla y aplicarla. En efecto, las sucesivas leyes de contratación pública, bajo la influencia, siempre, de la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos desarrollada bajo la vigencia de la norma precedente, han ido progresivamente acotando a espacios cada vez más reducidos el poder resolutorio de la Administración derivado de esta causa. Si la Ley de 1995 dejaba “un cierto margen de apreciación de las obligaciones que la Administración consideraba esenciales, en virtud de la prerrogativa

50 “Una obligación de carácter esencial prevista expresamente en el clausulado del contrato” en el supuesto que analiza el Dictamen 229/2019, de 3 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

51 Consideradas igualmente “obligación esencial” en el Pliego de cláusulas administrativas del contrato sobre cuya resolución se pronuncia el Dictamen 275/2020, de 17 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León. El incumplimiento “de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del contratista con sus trabajadores” como obligación que, prevista en los pliegos, despliega un efecto resolutorio del contrato fue avalada, de acuerdo con el texto refundido de 2011, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Valencia de 21 de mayo de 2020 (JUR 2020/210363).

52 Es lo que concluye el Dictamen 501/2019, de 11 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

53 Como puede comprobarse, entre otros, en los Dictámenes 456/2019, de 12 de junio, y 789/2019, de 19 de noviembre, del Consejo Consultivo de Andalucía, o en el Dictamen 443/2019, de 28 de noviembre, Consejo Consultivo de Canarias.

de interpretar los contratos reconocida en el artículo 59.1 del mismo texto legal”⁵⁴, la de 2007, al introducir la necesaria previsión en los pliegos de esas obligaciones determinantes, en caso de desatención por el contratista, de una posible disolución del vínculo contractual, dará un paso decisivo en pro de la reducción de las facultades de las que tradicionalmente había dispuesto la Administración en su apreciación de las obligaciones de esa naturaleza, proceso que la Ley de 2017 culmina al tipificar expresamente el incumplimiento de la “obligación principal” como causa determinante de la ruptura del contrato y añadir nuevas condiciones a esas “obligaciones esenciales” cuya infracción puede también producir este efecto, obligaciones que no solo han de quedar establecidas en los pliegos del contrato, sino que han de estarlo además de “una manera precisa, clara e inequívoca, no siendo admisibles cláusulas de tipo general” y respetar los límites establecidos en el artículo 34.1. En cualquier caso, el que una obligación sea “principal” o “esencial”, calificación que solo podrá efectuarse a partir de lo dispuesto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y atendiendo, igualmente, a las características y circunstancias en las que, en cada caso, se produce el incumplimiento del contratista, carece de mayor trascendencia, toda vez que los efectos de la resolución son coincidentes en uno y otro caso. Habrá que permanecer atentos, no obstante, a la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia en la materia. Es aún pronto para efectuar una valoración más definitiva sobre la forma en la que estos supuestos de resolución contractual han quedado determinados en el artículo 211.1.f) de la LCSP.

3.2.1.2 La demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución del contrato

El artículo 211.1.d) de la LCSP sigue dando acogida expresa al más característico y frecuente, si se atiende a la doctrina de los órganos consultivos autonómicos⁵⁵ y a la jurisprudencia contencioso-administrativa⁵⁶, de los incumplimientos del contratista: “la demora en el cumplimiento de los plazos”⁵⁷. Ahora bien, esta disposición introduce

54 En términos tomados del Informe 12/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón.

55 Son, en efecto, muy frecuentes los supuestos en los que los órganos consultivos avalan propuestas de resolución fundadas en el incumplimiento por el contratista de los plazos contractuales. Así, y como exponentes de ellos en aplicación de la Ley de 2017, pueden verse los Dictámenes 8/2020, de 15 de enero, y 88/2020, de 6 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía; 253/2019, de 1 de octubre, o 74/2020, de 26 de mayo, del Consejo Consultivo de Aragón; 45/2020, de 20 de febrero, y 52/2020, de 5 de marzo, del Consejo Consultivo de Castilla y León; 249/2019, de 26 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; 154/2019, de 30 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña; 134/2019, de 14 de noviembre, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares; 76/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Extremadura; 265/2020, de 30 de junio, y 403/2020, de 22 de septiembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid; 145/2019, de 29 de mayo, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; y 51/2020, de 29 de enero, o 293/2020, de 17 de junio, del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia.

56 Es fácil, igualmente, encontrar sentencias que, en aplicación de las sucesivas normas de contratación, aceptan la resolución del contrato ante la existencia constatada de una demora injustificada del contratista en el cumplimiento de los plazos a los que venía obligado. Entre otras, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000/8915) o la de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2018 (RJCA 2018/792).

57 Recordar que la causa puede operar tanto ante el incumplimiento del plazo total de ejecución como de los plazos parciales si, como establece el artículo 193.5 de la LCSP, así “se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total”, supuestos de los que pueden encontrarse ejemplos en los Dictámenes 296/2020, de 28 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía, o 265/2019, de 20 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid.

como novedad, respecto de las disposiciones anteriores, que, en todo caso, se considera causa de resolución “el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas”, en el que constituye, como ha sido calificado por el Consejo Consultivo de Andalucía, “un supuesto específico de resolución dentro del genérico de la demora en el cumplimiento de los plazos”⁵⁸. Un supuesto, sin embargo, prácticamente desconocido en la doctrina de los órganos consultivos recaída hasta la fecha, que, sin duda, se explica en su falta de aplicación previa en las propuestas de resolución que informan. Varias ideas, de muy distinta naturaleza, merecen ser destacadas en el análisis de la resolución fundada en la infracción del plazo contractual.

Ante todo, cabe insistir en cómo ante ese incumplimiento “superior a un tercio del plazo”, la “resolución del contrato es necesaria”⁵⁹, no obstante lo dispuesto en el artículo 193.3 de la propia ley, que reconoce a la Administración, sin limitación o excepción alguna, la posibilidad de optar, ante el incumplimiento imputable al contratista, entre la imposición de penalidades o la resolución del contrato “atendidas las circunstancias del caso”. Una facultad, por consiguiente, que no es tan amplia como resulta de este artículo al encontrar el límite impuesto en el 211.1.d) con el que dicha disposición no guarda la debida coherencia⁶⁰.

De otra parte, resulta preciso recordar que, a diferencia de los incumplimientos recogidos en la letra f), el ligado a la infracción del plazo contractual exige, con la excepción recién señalada, de “un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente”⁶¹, pues, de no concurrir esta circunstancia, la Administración, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 195.2, vendrá obligada a otorgarle una prórroga que “será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”. En definitiva, la culpa resulta “un elemento fundamental para fijar la procedencia o no de la resolución contractual” por este motivo⁶². Solo el examen de las circunstancias concurrentes en cada supuesto permitirá determinar, en expresiones que se repiten con frecuencia, si nos encontramos ante un incumplimiento “revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos” o, por el contrario, ante “un mero retraso” en “modo alguno expresivo de aquella voluntad”⁶³. Será la Administración que pretenda romper un contrato por esta causa la que tendrá que demostrar “la existencia de una situación

58 Dictamen 109/2019, de 31 de enero.

59 Como destaca ya el Dictamen 74/2020, de 12 de marzo, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

60 Ello se explica, sin duda, en el hecho de que la previsión que impone la necesaria ruptura del contrato ante la existencia de un retraso que afecte a un tercio del plazo de duración total se introdujo en el Congreso de los Diputados como consecuencia de la aceptación de una enmienda del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (enmienda n. 388), sin advertirse que la modificación de este precepto tendría que haber supuesto la del hoy artículo 193.3, al objeto de prever expresamente esta excepción. Las enmiendas al proyecto de ley pueden verse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, n. 2-2, 16 de marzo de 2017.

61 En expresión del Dictamen 74/2020, de 12 de marzo, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

62 En términos del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi 52/2019, de 13 de marzo.

63 Como señala el Dictamen 47/2019, de 6 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que parte de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia.

objetiva de incumplimiento por parte del contratista” resultado de “la ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y circunstancias concretas de tiempo y lugar”. Sobre el contratista pesa, por el contrario, la carga de probar las razones que, en su caso, justifiquen su incumplimiento⁶⁴.

Finalmente, no debe pasar desapercibido que, como decíamos, la ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos ha sido considerada siempre una de las obligaciones más importantes del contratista, y su violación, por tanto, uno de los incumplimientos más graves en los que puede incurrir en la medida en que frustra el fin propio del contrato y, con ella, la satisfacción del interés general al que sirve. Lo que es lo mismo, la infracción del plazo contractual nos sitúa ante el incumplimiento de una “obligación esencial”, de hecho, ante el más característico y habitual en la doctrina de los órganos consultivos. La conexión entre las causas de resolución de las letras d) y f) del artículo 211.1 –el supuesto de hecho de la primera se inserta en el ámbito de aplicación de la segunda– se percibe con claridad en la frecuencia con la que los órganos consultivos admiten, ante el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, la concurrencia no solo del motivo de resolución de la letra d), sino también del recogido en la letra f)⁶⁵, llegándose a afirmar que la LCSP dispone, en esos apartados, como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista⁶⁶, o que “procede la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 211.1.d) y f) de la LCSP/17”⁶⁷, sin que falten tampoco supuestos que fundan exclusivamente la resolución con origen en la infracción del tiempo de ejecución del contrato en lo dispuesto en la letra f)⁶⁸. Es verdad también que no faltan dictámenes, más atentos sin duda al tenor literal del artículo 211.1, que ante la constatación del incumplimiento del plazo por un contratista que, por ejemplo, abandona las obras, consideran, en contra incluso del criterio mantenido por la propuesta de resolución, que lo procedente es la resolución de conformidad con lo dispuesto en la letra d), no en la f), del precepto⁶⁹, o que aprecian la existencia de una demora “junto con un incumplimiento, interconectado con aquel motivo, de la obligación principal o esencial del contrato”⁷⁰. En realidad, y aunque ante la infracción del plazo lo procedente, dada la previsión expresa de este supuesto de ruptura contractual, es la aplicación del artículo 211.1.d), tampoco se aprecian inconvenientes en

Regap



ESTUDIOS

64 Dictamen 168/2019, de 13 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, ejemplo de otros muchos tanto de este como de otros órganos consultivos, así como de una jurisprudencia firmemente consolidada.

65 Idea de la que son expresivos, entre otros, los Dictámenes 324/2019, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía; 168/2019, de 13 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña; o 100/2020, de 17 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

66 Dictamen 201/2019, de 23 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias.

67 Dictamen 512/2019, de 28 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid.

68 Como el Dictamen 268/2019, de 13 de noviembre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o el Dictamen 275/2019, de 24 de julio, del Consejo Consultivo de Aragón.

69 Es el criterio que mantuvo, por ejemplo, el Dictamen 390/2020, de 8 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía.

70 En tal sentido, Dictamen 551/2019, de 18 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía. Otros dictámenes resultan también expresivos de esta idea, como el Dictamen de este mismo órgano consultivo 500/2019, de 4 de julio; o el Dictamen 275/2020, de 17 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

acudir a la letra f) del precepto, ya sea conjuntamente con ese específico motivo de ruptura contractual o, incluso, de forma exclusiva, toda vez que no es discutible que la demora en los plazos de ejecución nos sitúa ante un incumplimiento de la “obligación principal” del contrato, en la medida en que frustra su fin, o, en cualquier caso, ante el de una “obligación esencial”. No puede además olvidarse que estamos ante causas de resolución con efectos coincidentes, lo que hace que la cuestión carezca de cualquier trascendencia práctica.

3.2.1.3 El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones laborales

Sin precedente alguno en nuestras normas sobre contratación pública, el artículo 211.1.i) de la LCSP, en una previsión que introduce el Congreso de los Diputados⁷¹ en el contexto de una disposición sensible al cumplimiento por los contratistas de sus obligaciones en materia laboral⁷², considera causa de resolución de los contratos administrativos “el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato”. La introducción de este motivo de disolución del vínculo contractual supone la ruptura, o al menos la flexibilización, de una consolidada tradición normativa que vincula la resolución al incumplimiento de las obligaciones surgidas del propio contrato, para alcanzar también a la infracción de obligaciones al margen de la relación contractual⁷³. Ahora bien, no puede decirse que la contratación pública haya permanecido, hasta esta ley, completamente ajena a la preocupación por asegurar que los contratistas de la Administración cumplan con sus obligaciones respecto de los trabajadores a su cargo, pues no pueden considerarse excepcionales los pliegos contractuales que han calificado estas obligaciones de esenciales, atribuyéndoles, de esta forma, un posible efecto resolutorio del contrato en caso de incumplimiento por el contratista⁷⁴.

71 Así, en el Informe de la ponencia puede leerse que esta “ha aprobado por unanimidad un nuevo texto en relación con este artículo..., como consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de las enmiendas 147 del GP Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 297 y 306 del GP de Esquerra Republicana, 676 del Grupo Parlamentario Socialista y 917 del GP Mixto-PDeCAT” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, n. 2-4, 2 de agosto de 2017).

72 Expresada con claridad en su artículo 201, que determina que “los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V”.

73 M. RÚJZ DAIMIEL ha reflexionado, en relación con determinados contratos, sobre las dificultades y dudas interpretativas que suscita esta causa (“Los incumplimientos de las obligaciones laborales por el contratista en determinados contratos de servicios”, *Observatorio de Contratación Pública, Sección Opinión*, enero de 2017) que E.M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN ha valorado “muy positivamente” y que bien podría haberse extendido, a su juicio, “a otros incumplimientos, por ejemplo, en cuanto a los derechos de conciliación de los trabajadores, aunque no es menos cierto que el precepto en cuestión, aunque menciona expresamente el impago, también se refiere con carácter general al incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos, lo que, sin duda, se irá perfilando en la aplicación práctica de esta causa de resolución” (“Capítulo XLV. La extinción de los contratos. La resolución”, cit., p. 2353).

74 En tal sentido, Dictámenes 7/2012, de 30 de enero, del Consejo Consultivo de la Rioja, 61/2017, de 7 de junio, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, o 309/2018, de 11 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias.

De acuerdo con los datos que arrojan los dictámenes de los diferentes órganos consultivos emitidos vigente ya la Ley de 2017, se puede decir que nos encontramos ante un motivo de posible ruptura del contrato prácticamente inédito en su aplicación, pues tan solo hemos encontrado un dictamen, el Dictamen 498/2019, de 4 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía, en el que se avala una resolución fundada en el artículo 211.1.i), mientras que aparecen otros casos en los que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este apartado se canaliza a través de la letra f) del precepto, en cuanto que incumplimiento de “obligación esencial” prevista en el pliego del contrato⁷⁵. De hecho, la LCSP exige, en determinados casos, que los pliegos recojan la obligación del contratista de responder de los salarios del trabajador⁷⁶. Desde luego, la incardinación de estos concretos incumplimientos del contratista en una u otra letra, la f) o la i), del artículo 211.1 no resulta indiferente en cuanto a sus efectos jurídicos, que, en el primer caso, serán los determinados con claridad en el artículo 213.3 de la propia LCSP, mientras que, en el segundo, quedan un tanto indeterminados al no disponer este precepto las consecuencias de una resolución con origen en esa letra i) en una laguna, como veremos, difícil de suplir. También resulta relevante la aplicación de un motivo u otro de ruptura del contrato en lo que se refiere a la iniciativa para el ejercicio de la potestad resolutoria, toda vez que, como dispone el artículo 212.1, de situarnos ante el supuesto determinado en el artículo 211.1.i), la capacidad de instar el procedimiento de resolución contractual escapa a las partes contratantes, al quedar atribuida, con carácter general, a “los representantes de los trabajadores en la empresa contratista”⁷⁷.

Aunque, sin duda, parece prudente dejar transcurrir algún tiempo para determinar el grado de aplicación de esta causa y valorar sus resultados, con los datos de los que hoy disponemos, no constituye un motivo relevante, en lo que a su incidencia práctica se refiere, de disolución del contrato por incumplimiento del contratista, permaneciendo en muchos casos en el ámbito del incumplimiento de las “obligaciones esenciales” del contratista, en el que tradicionalmente ha estado situado. En cualquier caso, lo que no es discutible es que su previsión no ha ido acompañada de una correcta regulación del mismo en lo que se refiere a la propia determinación de los supuestos en los que exactamente procede –no se ofrece un criterio que permita determinar cuándo ante el impago de los salarios a los trabajadores procede la imposición de las

El incumplimiento “de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del contratista con sus trabajadores” que, prevista en los pliegos, despliega un efecto resolutorio del contrato fue avalada, bajo la vigencia del texto refundido de 2011, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Valencia de 21 de mayo de 2020, ante un supuesto de impago de los salarios a los trabajadores (JUR 2020/210363).

75 Por ejemplo, en el Dictamen 275/2020, de 17 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

76 Se trata de los supuestos previstos en el artículo 130.6 en relación con la “información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”.

77 Una regla general que el precepto excepciona, no obstante, “cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio”.

penalidades previstas, para estos mismos supuestos, en el artículo 201 y cuándo la resolución⁷⁸, su modo de ejercicio y, sobre todo, las consecuencias que le son propias—.

3.2.2 Los efectos de la resolución

3.2.2.1 El punto de partida: la confusa regulación del régimen jurídico anterior

Singular interés han suscitado siempre los efectos de la resolución de los contratos administrativos con origen en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, no ya solo por su importancia tanto para él mismo y la propia garantía del interés público al que sirve, sino también por los constantes cambios normativos de los que han sido objeto, pues se han modificado en todas las leyes de la contratación pública que se suceden durante los siglos XX y XXI, incluida la de 2017. Las distintas soluciones establecidas en ellas no han estado además exentas de problemas interpretativos, lo que, sin duda, ha contribuido a avivar el interés por su estudio. No es éste, sin embargo, el lugar para dar cuenta de una historia normativa que está ya contada⁷⁹. A los efectos que aquí interesan, podemos partir de las disposiciones previstas en la LCSP de 2007 y su texto refundido posterior, lo que nos permitirá determinar mejor la medida y sentido del cambio operado en esta materia.

Los efectos de la resolución contractual con base en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones quedaron fijados en el artículo 208.4 de la ley, 225.3 del texto refundido, aplicables aún a numerosos contratos administrativos en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 1.2 de la ley vigente. Su tenor literal era el siguiente: “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”. El precepto planteaba una duda muy importante, la del posible derecho del contratista al reintegro de aquella parte de la garantía que no fuese necesaria para la compensación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por la ruptura del contrato, toda vez que, a diferencia de las normas precedentes, no disponía esa incautación como efecto propio y necesario de la disolución del vínculo contractual, existan o no daños que indemnizar. La previsión legal será objeto de una dispar interpretación por los órganos consultivos y los tribunales con la consecuencia, como denuncié en otro lugar, de que siendo una norma básica termine aplicándose de forma diferente en los distintos territorios en clara contravención precisamente de las exigencias derivadas

78 Y es que no debe pasar desapercibido que el artículo 201 en su último párrafo determina que el incumplimiento de las obligaciones referidas en el primero “y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192”.

79 Yo misma la dejé expuesta en *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 139-195.

de esa condición⁸⁰. En efecto, en su interpretación –en favor de esa devolución operaba el tenor literal de la norma; en contra, la disposición que condicionaba su devolución a una resolución contractual “sin culpa del contratista”– van a mantenerse posturas divergentes⁸¹, partidarias, unas, del derecho del contratista a la devolución de la garantía en aquella parte de su importe que no sea necesaria para la indemnización de los daños causados por la ruptura del contrato –será la tesis mantenida por el Consejo de Estado y otros órganos consultivos–, en tanto que defensoras, otras, de una incautación que hace completa abstracción del hecho de que la disolución anticipada del contrato haya podido o no provocar daños a la Administración y de cuál sea, en su caso, su cuantía⁸². Ya derogada la norma, se dictará la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019⁸³, que resuelve, declarando no haber lugar al mismo, el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

80 BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma”, *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015, pp. 92-94.

81 También doctrinalmente, la norma será objeto de interpretaciones divergentes. En favor de la pérdida, en todo caso, de la garantía se manifestaron, entre otros, T. CANO CAMPOS (“La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1810-1824), E. GARCÍA-TREVILANO GARNICA (“La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, pp. 159-161), F. CASTILLO BLANCO (“Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas: un estado de la cuestión”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1825-1865, y “Capítulo XVII. Garantías exigibles en la contratación del sector público”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 940) y J.A. SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 281). En contra, R.M.ª COLLADO MARTÍNEZ (“La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista”, *La contratación pública: Problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, www.madrid.org/ccmadrid, pp. 227-247), T. BAÑO y R. MORALES (“La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva Ley de Contratos del Sector público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009, pp. 116-119), O. MIR PUIGPELAT (“Contratación administrativa en tiempos de crisis”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009, p. 112), R. DE VICENTE (“Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 18, 2008, pp. 35-36), J. CUERDA MAS (“La renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva”, *Revista CEMCI*, n. 12/13, 2011, p. 12), o F.J. ESCRIBIELA MORALES (*La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*, 5ª ed., La Ley, Madrid, 2018, p. 1423).

82 En efecto, el Consejo de Estado mantendrá, desde el primer momento, que la Ley de 2007 modifica el régimen de las garantías, pues, “a diferencia de lo que era tradicional en la contratación administrativa en España”, establece que “la resolución del contrato a causa del incumplimiento del contratista no lleva aparejada, a menos que así lo haya dispuesto el pliego, la incautación automática de la fianza definitiva en poder de la Administración contratante”, que, por consiguiente, ha de ser devuelta al contratista si no existen daños que indemnizar, lo que no excluye que el acuerdo de resolución decida su retención hasta que se proceda a su cuantificación (Dictámenes, entre otros, 971/2016, de 19 de enero de 2017, 729/2017, de 28 de septiembre, 730/2017, de 5 de octubre, 731/2017, de 5 de octubre, o 350/2019, de 9 de mayo). Su interpretación es compartida, en algunos casos nitidamente desde un primer momento y en otros tras algunas dudas iniciales e, incluso, con dictámenes en sentido contrario, por los órganos consultivos del Principado de Asturias (Dictamen 257/2018, de 8 de noviembre, o 155/2019, de 19 de junio); Madrid (Dictámenes 552/2018, de 20 de diciembre, 294/2019, de 11 de julio, 372/2019, de 3 de octubre, o 349/2020, de 25 de agosto); Islas Baleares (Dictámenes 65/2018, de 11 de julio, 82/2018, de 5 de septiembre, y 134/2019, de 14 de noviembre); Castilla y León (Dictamen, por ejemplo, 566/2017, de 1 de febrero de 2018), aunque otros más recientes no se manifiestan en términos tan claros (Dictámenes 75/2019, de 7 de marzo o 70/2020, de 12 de marzo); Galicia (Dictamen 134/2018); y Cataluña (Dictámenes 124/2019, de 2 de mayo, 301/2019, de 10 de octubre o 225/2020, de 1 de octubre).

Otros órganos consultivos defenderán, sin embargo, la incautación de la garantía como efecto propio de la resolución del contrato. Así lo hacen los de la Región de Murcia (Dictámenes 296/2018, de 12 de noviembre); Castilla-La Mancha (Dictámenes 15/2018, de 16 de enero, 309/2018, de 12 de septiembre, y 83/2019, de 27 de febrero) aunque algunos de sus dictámenes parezcan apuntar en otra línea (Dictamen 282/2018, de 27 de julio); Andalucía, en fechas recientes (Dictamen 247/2020, de 30 de abril); Canarias (Dictamen 457/2019, de 5 de diciembre); o Aragón (Dictamen 88/2020, de 26 de mayo), si bien, en otras ocasiones, ha mantenido la interpretación contraria (Dictámenes 71/2017, de 18 de marzo y 273/2018, de 30 de octubre).

83 RJ 2019/3903.

de Andalucía (Sala de Sevilla) de 17 de febrero de 2017, el cual abogaba, como lo hará más tarde la Sentencia de la Sala de Málaga de este mismo Tribunal de 13 de marzo de 2019⁸⁴, por la incautación automática de la garantía como efecto necesariamente ligado a la resolución contractual⁸⁵. Una interpretación distinta mantuvieron, sin embargo, los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, Canarias y Castilla-La Mancha⁸⁶, que se decantarán por el reconocimiento al contratista de su derecho a la devolución de aquella parte de garantía que no fuera necesaria para la compensación de los daños causados. La cuestión, y son aún muchos los contratos que se extinguen en aplicación de este régimen, ha de considerarse, por consiguiente, definitivamente resuelta en favor de la interpretación mantenida por el tribunal andaluz, aunque hay que reconocer que la sentencia no desarrolla realmente las razones que lo llevan a una interpretación que no es la que parecía haberse consolidado en la doctrina de los órganos consultivos y la defendida por otros tribunales superiores de justicia. No efectúa concretamente un pronunciamiento expreso, a pesar de la claridad con la que la cuestión había quedado expuesta en el auto de admisión a trámite del recurso que resuelve⁸⁷, sobre si, cubiertos los daños y perjuicios a los que el precepto legal adscribe la garantía, cabe o no su reintegro en la cuantía, en su caso, sobrante⁸⁸, posibilidad, no obstante, claramente excluida al haberse rechazado el recurso de casación planteado frente a la sentencia que así lo había considerado. De hecho, no deja de sorprender la ausencia, salvo en casos muy aislados, de cualquier referencia a la sentencia del alto tribunal en los dictámenes de los órganos consultivos que informan, a partir de su

84 JUR 2019/245976.

85 JUR 2018/252212. Así resulta, en efecto, de la confirmación, en todos sus términos, de la sentencia apelada y así fue interpretado además por el Auto del Tribunal Supremo de admisión a trámite del recurso de casación, aunque la sentencia, que afirma con rotundidad que del artículo 208.4 y 5 de la LCSP “claramente se desprende que la incautación de la garantía, o mejor dicho su pérdida, se produce de forma automática (*ope legis*) desde el acuerdo de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista”, contiene una última referencia en la que afirma: “siendo cuestión distinta que tras liquidar los daños y perjuicios haya un remanente que deba ser devuelto”, que genera, desde luego, confusión al respecto y que podría haber servido de base a una interpretación diferente.

86 Sentencias, respectivamente, de 21 de enero de 2016 (RJCA 2016/123), 29 de septiembre de 2017, Sala de Santa Cruz de Tenerife (RJCA 2018/355), y 15 de octubre de 2018 (JUR 2019/1627), que afirma expresamente apoyarse en la del Tribunal de Murcia de 24 de febrero de 2012.

87 El Auto del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017 (JUR 2018/311857) identifica claramente la cuestión en la que “existe interés casacional objetivo”: la de si “el artículo 225.3 del TR de 2011 habilita a la Administración la incautación automática u *ope legis* de la garantía constituida por el contratista en el caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable de este, o bien si dicha garantía queda afectada a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y hasta la cuantía que por este concepto se fije, procediendo su devolución en la suma en su caso remanente tras hacerse efectiva la indemnización”.

88 Se limita a manifestar que “no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afectada al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración contratante”, pues “la previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente”, dado que “la incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el de la Ley 30/2007, del 30 de octubre (...) y actualmente el art. 110, d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre (...) por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella”. Que la garantía constituye una medida destinada “a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato” es algo de lo que no se dudó nunca bajo la vigencia de la LCSP de 2007 y de su texto refundido. La cuestión, sobre la que la sentencia no efectúa un pronunciamiento claro es la relativa a si, cubiertos tales daños y perjuicios, es o no posible su devolución al contratista en la cuantía sobrante. En el número 265, en 2019, de la *Revista de Estudios Locales* se da cuenta detallada de los antecedentes y contenido de la sentencia por el GRUPO DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO, bajo el título “De nuevo sobre la incautación de la garantía ante el incumplimiento culpable: La Sentencia del Tribunal Supremo 3092/2019”, pp. 91-94.

fecha, sobre procedimientos de resolución en aplicación de esa normativa, incluso en los casos en los que viene a avalar la posición por ellos mantenida⁸⁹, así como la existencia de sentencias de diferentes tribunales superiores de justicia dictadas en fechas posteriores a la del Supremo que tampoco la citan, aunque, ciertamente, resuelven en el sentido en ella establecido⁹⁰. En cualquier caso, estamos ante un régimen ya derogado y llamado a su definitiva extinción. Lo que aquí interesa, es analizar cómo han quedado determinados los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la LCSP de 2017.

3.2.2.2 Las consecuencias de la resolución en la LCSP: el retorno a las reglas de la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 y la falta de previsión de la resolución con origen en el artículo 211.1.i)

– Los efectos determinados en el artículo 213.3

La resolución por incumplimiento culpable impone al contratista, al margen de su derecho a la liquidación de lo realmente ejecutado⁹¹, y de su posible inhabilitación para contratos posteriores con la Administración⁹², los efectos previstos en el artículo

89 En efecto, no son pocos los dictámenes de diferentes órganos consultivos recaídos con posterioridad a la sentencia que eluden cualquier referencia a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo. Son los casos, por ejemplo, de los Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 263/2020, de 11 de mayo, y 535/2020, de 8 de octubre; del Consejo Consultivo de Aragón 88/2020, de 26 de mayo; del Consejo Consultivo de Canarias 457/2019, de 5 de diciembre; del Consejo Consultivo de Castilla y León 626/2019, de 16 de enero de 2020, y 70/2020, de 12 de marzo; o de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña 225/2020, de 1 de octubre.

Tan solo se hacen eco de ella la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, que en algunos dictámenes, es verdad que no en todos (Dictámenes, por ejemplo, 479/2019, de 8 de noviembre, y 349/2020, de 25 de agosto, que mantienen su postura tradicional en la materia), varía la que era su interpretación consolidada para considerar que “esta incautación de garantía opera de modo automático” (Dictámenes 447/2019, de 30 de octubre, y 556/2019, de 19 de diciembre); o el Consejo de las Islas Baleares, que manifiesta, afirmación extraordinariamente discutible, que su doctrina “coincide con el criterio que ha venido manteniendo este Consejo Consultivo”. Así lo hace en sus Dictámenes 134/2019, de 14 de noviembre, y 139/2019, de 4 de diciembre. La afirmación es, en efecto, discutible porque sus Dictámenes 65/2018, de 11 de julio, y 82/2018, de 5 de septiembre, a los que se refiere como expresivos de esa doctrina que dice avalada por la sentencia, defienden, en realidad, una interpretación diferente del artículo 225.3 del texto refundido de 2011: la que postula la devolución de la garantía en la medida en que no sea necesaria para la indemnización de los daños causados a la Administración.

90 Es el caso de la Sentencia del Tribunal de la Comunidad Valenciana de 21 de mayo de 2020 (JUR 2020/210363), que, en términos mucho más claros que su homólogo andaluz y el propio Tribunal Supremo, sostiene que no puede considerarse que la LCSP de 2007 introdujera “una variación sustantiva” en esta materia “cuando ni de su tenor literal ni del procedimiento de elaboración y aprobación se desprende que tal fuera su voluntad”, por lo que “debe concluirse que la incautación de la garantía era procedente en todo caso, en aplicación de los artículos 100.c) y 225.4 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público...”. O de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de febrero de 2020 (JUR 2020/109127), cuya posición al respecto resulta, no obstante, más confusa.

91 Reconocido, por ejemplo, para los contratos de obras, el supuesto que con más frecuencia suele presentarse, en el artículo 246 de la LCSP. Los órganos consultivos insisten, como no podía ser de otra manera, en la importancia de este derecho. En este sentido, y entre Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 139/2020, de 20 de febrero, o 390/2020, de 8 de julio; 74/2020, de 26 de mayo, del Consejo Consultivo de Aragón; 275/2020, de 17 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León; 68/2020, de 20 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; 154/2019, de 30 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña; 32/2020, de 13 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o 293/2020, de 17 de junio, del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia.

92 El artículo 71.2.d) de la LCSP prohíbe contratar “con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente ley” a quienes hubieran “dado lugar, por causa de la que hubieran sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado” con una entidad, igualmente, “de las comprendidas en el artículo 3 de la presente ley”. Una prohibición que el apartado 3.º del precepto extiende “a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que la rigen o de otras circunstancias, pudiera presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas”. Esta prohibición, como disponen los artículos 72 y 73, se ha de declarar “siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca” que “no podrá iniciarse si hubiesen

213.3: “le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. Con esta disposición, la LCSP modifica la solución instaurada en 2007 para volver exactamente a la regla recogida, con precedentes claros en disposiciones más antiguas⁹³, en la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 y su texto refundido de 2000. El régimen de la Ley de 2017, como lo fue el vigente entre los años 1995 y 2007, se articula, por consiguiente, en torno a dos principios básicos: a) La garantía se incauta, como vienen ya declarando los diferentes órganos consultivos⁹⁴, por el simple hecho de una ruptura del contrato imputable al contratista, con entera independencia de que existan o no daños y perjuicios que indemnizar a la Administración y de cuál sea, en su caso, su importe⁹⁵, de ahí que estos órganos se opongan a las pretensiones de contratistas o avalistas partidarias de su devolución si no se han ocasionado daños, una interpretación que “no se ajusta a lo dispuesto en el precepto legal referido”⁹⁶; o a propuestas de resolución en las que figura la retención de la garantía, no su incautación⁹⁷; y b) La garantía queda vinculada a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la ruptura anticipada del contrato y, solo de no ser suficiente su cuantía, la Administración podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al contratista para resarcirse de los no cubiertos por su importe. De esta forma, y al igual que ocurriera en aplicación de la Ley de 1995 y su texto refundido, la garantía cumplirá con una función diversa dependiendo de cada contrato y de las características y consecuencias de su resolución. Operará con una función liquidatoria en los supuestos en los que los daños causados a la Administración por la extinción del contrato superen su importe; y con una finalidad total o parcialmente punitiva en aquellos otros en los que no ocasione daños o estos sean inferiores a su cuantía, desincentivando así, como había señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, al anteproyecto de ley, “la inobservancia de lo pactado”. Desde luego, no

transcurrido más de tres años” computados “desde la fecha en la que fuese firme la resolución del contrato”. La prohibición no podrá exceder de tres años, a contar “desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente”, extendiendo sus efectos a todas “las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente ley”.

93 Artículo 97 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales de 1953.

94 Todos los órganos consultivos dan ya cuenta del cambio operado. A título puramente ilustrativo, pueden verse los Dictámenes del Consejo de Estado 614/2019, de 24 de julio, o 1089/2019, de 19 de marzo de 2020; y los Dictámenes, 788/2019, de 19 de noviembre, o 387/2020, de 8 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía; 107/2020, de 22 de julio, o 253/2020, de 1 de octubre, del Consejo Consultivo de Aragón; 443/2019, de 28 de noviembre, o 468/2019, de 19 de diciembre, del Consejo Consultivo de Canarias; 413/2019, de 22 de octubre, o 162/2020, de 11 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León; 53/2019, de 6 de febrero, o 501/2019, de 11 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; 102/2019, de 5 de abril, o 168/2019, de 13 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña; 54/2019, de 21 de marzo, o 21/2020, de 29 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi; 76/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Jurídica de Extremadura; 209/2019, de 23 de mayo, o 74/2020, de 27 de febrero, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid; 268/2019, de 13 de noviembre, o 185/2020, de 23 de julio, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o 619/2019, de 30 de octubre, 727/2019, de 27 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia.

95 La modificación legal ha sido objeto de valoraciones diversas. El propio Consejo de Estado, en su dictamen al anteproyecto de ley, destacaba “el pleno acierto” del anteproyecto en este punto, valoración a la que se suman autores como R. GUERRERO ANKERSMIT (“Comentario al artículo 213”, cit., pp. 1265-1267). Otros, sin embargo, como es el caso M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, han expresado sus reservas con la previsión legal (*El nuevo régimen de la contratación pública*, cit., pp. 1218 y 1220-1222).

96 Dictamen 516/2019, de 11 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía.

97 Como ocurría en el supuesto que informa el Dictamen 68/2020, de 20 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

deja de resultar paradójico que, mientras mayor sea el daño derivado de la ruptura del contrato, más baja, o incluso inexistente, será la pena, pues toda su cuantía quedará adscrita a la indemnización. De no existir daños o situarse su valoración por debajo de su importe, el valor punitivo de su pérdida será, sin embargo, más alto.

Es importante señalar que, al establecerse el deber del contratista de indemnizar esa parte de daños no cubierta con la garantía incautada, resulta imprescindible proceder a su exacta cuantificación, pues solo de esta forma podrá saberse si la garantía resulta suficiente para su compensación y a qué cantidad, por encima de ella, ha de hacer frente, en su caso, el contratista. Así lo puse ya de manifiesto con ocasión del estudio del régimen previsto en la Ley de 1995, en el que destacaba cómo la regla entonces establecida en su artículo 114.4 (113.4 del texto refundido de 2000), exactamente la misma que hoy recoge el artículo 213.3, así lo imponía y cómo, desde este presupuesto, tendría que haberse replanteado esa interpretación mantenida por el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo, bajo la vigencia de normas anteriores, según la cual la garantía resarce a la Administración de esos perjuicios de difícil estimación inherentes a la disolución del contrato, dejando siempre a salvo la indemnización por los específicamente cuantificables⁹⁸. No parece, sin embargo, que el alto órgano consultivo del Estado participe de esta interpretación, toda vez que en su dictamen al anteproyecto de ley, en el que se felicitaba por el retorno a la solución legal de 1995, no dudaba en destacar que la pérdida de la fianza, consecuencia inherente de la resolución del contrato, desarrollará, como hemos dicho, “una función punitiva, desincentivando la inobservancia de lo pactado”, pero permitirá también “a la Administración verse resarcida de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona, sin necesidad de demostrar su cuantificación, como ahora sucede. Solamente si se estima que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que afrontar la justificación de su importe para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad contractual del adjudicatario, con la consiguiente exigencia de la suma excedentaria”, doctrina presente ya en algún dictamen del Consejo Consultivo asturiano, concretamente⁹⁹. Ahora bien, el problema estriba, precisamente, en que será muy difícil, al menos lo será en la mayoría de los casos, saber si el importe de los daños y perjuicios sobrepasa al de la garantía si no es a partir de su previa y exacta cuantificación¹⁰⁰, que, como determina el artículo 113 del Reglamento de contratos de las administraciones

98 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, cit., pp. 187-192.

99 Concretamente en su Dictamen 145/2019, de 29 de mayo, en el que da cuenta del cambio operado con la Ley de 2017, destacando que “la garantía definitiva cumple la función de cláusula penal o de indemnización de carácter mínimo, ligada al resarcimiento de perjuicios genéricos o indeterminados; todo ello sin perjuicio de que, cuando la garantía constituida no alcance a cubrir el importe de los daños ocasionados, la Administración podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al contratista para resarcirse de los mismos en lo que excedan el importe de aquella”. En dictámenes posteriores desaparece, sin embargo, esta afirmación.

100 Así sería reconocido, bajo la vigencia del régimen de la Ley de 1995, por el Informe 27/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación, y por diferentes órganos consultivos –por ejemplo, Dictámenes 9/2005, de 23 de febrero, de la entonces Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, 154/2004, de 1 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, o 1133/2009, del Consejo Consultivo de Castilla y León–, así como por Sentencias como las del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 4 de abril de 2003 (JUR 2003/200157) o de Murcia de 24 de febrero de 2012 (JUR 2012/110261).

públicas de 2001, deberá ser efectuado “por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo”. Es pronto aún para valorar si en esta vuelta al régimen derogado por la LCSP de 2007 hay también un retorno a la interpretación que se hiciera de sus reglas o si esta sufre algún cambio o matización en este nuevo tiempo de vigencia de sus mismos principios. Por ahora, puede destacarse la común posición de los órganos consultivos en defensa de la necesidad de que los daños por los que la Administración deba ser resarcida y que, a juicio del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, se concretan en “dos conceptos”, “los mayores gastos que para ella se deriven” y “los daños derivados del retraso que genere en la realización de la obra prevista”¹⁰¹, queden efectivamente acreditados, pues, como señala su homólogo castellanoleonés, con apoyo en pronunciamientos del Tribunal Supremo, “solo podrán ser tomados en consideración aquellos perjuicios efectivamente sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros”¹⁰², o, lo que es lo mismo, los “efectivamente contrastados tras su oportuna justificación”¹⁰³; de ahí, según se extrae también del estudio de la doctrina de estos órganos, que se considere que “la propuesta (de resolución) se excede al manifestarse sobre la falta de acreditación de daños y perjuicios sin que conste previamente un procedimiento conducente a conocer, determinar y comprobar el alcance de los posibles perjuicios durante la instrucción del expediente”¹⁰⁴. Una determinación y valoración que puede hacerse tanto en el propio procedimiento de resolución¹⁰⁵ como, lo que es mucho más habitual, en el posteriormente incoado con ese específico fin¹⁰⁶. También aparecen supuestos, inusuales ciertamente, en los que el órgano consultivo acepta propuestas de resolución que, “atendidas las circunstancias concurrentes”, admiten que el “daño producido sea nulo”¹⁰⁷, aunque no dejan tampoco de existir dictámenes que

101 Dictamen 53/2019, de 6 de febrero.

102 Dictámenes 413/2019, de 22 de octubre, 162/2020, de 11 de junio, o 275/2020, de 17 de septiembre.

103 Dictamen 293/2020, de 17 de junio, del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia.

104 Dictamen 76/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Jurídica de Extremadura.

105 Como demuestran, entre otros, el Dictamen del Consejo de Estado 614/2019, de 24 de julio; o los Dictámenes 252/2019, de 27 de marzo, y 812/2019, de 28 de noviembre, del Consejo Consultivo de Andalucía, y 32/2020, de 13 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

106 El propio Consejo de Estado en el Dictamen 1089/2019, de 19 de marzo de 2020, ha declarado ya, en aplicación del régimen vigente, la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento con tal fin si los daños y perjuicios no han quedado acreditados en el procedimiento de resolución, interpretación que cuenta con el aval de los tribunales en contratos regidos por el régimen jurídico derogado, pero en aplicación del citado artículo 113 (Sentencia, por ejemplo, de 21 de enero de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, JUR 2019/107809). Otros muchos dictámenes de diferentes órganos consultivos se pronuncian en términos favorables a la iniciación, tras el acuerdo de resolución, de un posterior procedimiento contradictorio destinado a la verificación y cuantificación de los daños ocasionados por la ruptura del contrato y la consiguiente determinación de la suficiencia o no de la garantía para su indemnización. En este sentido, y entre otros muchos, Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 789/2019, de 19 de noviembre, o 247/2020, de 30 de abril; del Consejo Consultivo de Canarias 201/2019, de 23 de mayo, o 468/2019, de 19 de diciembre; del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 492/2019, de 4 de diciembre, o 68/2020, de 20 de febrero; de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña 154/2019, de 30 de mayo, o 386/2019, de 28 de noviembre; de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi 54/2019, de 21 de marzo; de la Comisión Jurídica de Extremadura 76/2019, de 5 de diciembre; del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 229/2019, de 3 de octubre, o 186/2020, de 23 de julio; o del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia 713/2019, de 18 de diciembre, y 293/2020, de 17 de junio.

107 Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi 54/2019, de 21 de marzo. Otros dictámenes se enfrentan, igualmente, a supuestos en los que pudiera concurrir esta circunstancia, como son los casos de los Dictámenes 517/2018, de 29 de

parecen cuestionar que esta posibilidad pueda darse, toda vez que la propia ruptura del contrato sin la realización de su objeto supone, en sí misma, un perjuicio¹⁰⁸. De nuevo, hemos de manifestar la conveniencia de atender a la doctrina de los órganos consultivos y a lo que puedan determinar los tribunales al objeto de analizar y valorar cómo se aplican e interpretan las consecuencias establecidas en el artículo 213.3 de la LCSP para los casos de resolución por incumplimiento culpable de sus obligaciones por el contratista.

Aunque no podemos, para no alargar en exceso este trabajo, adentrarnos en su desarrollo, no debemos, una vez más, dejar de denunciar la grave imprevisión en la que incurre el legislador de 2017 al no regular los supuestos en los que al incumplimiento del contratista causante de la resolución del contrato se suma el de la Administración contratante¹⁰⁹. El propio Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de ley proponía, incluso, la solución que para estas hipótesis podría establecerse, la modulación de la incautación de la garantía. Su denuncia sobre la falta de respuesta legal a estos supuestos no fue, sin embargo, atendida, como no lo había sido tampoco su advertencia en el mismo sentido expresada en el Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, al Anteproyecto de la Ley de contratos de 1995. Llevaba razón el órgano consultivo del Estado en su llamada de atención sobre la necesidad de regular estas hipótesis y la oportunidad, sea la que proponía en su informe al anteproyecto de ley vigente u otra en la que pudiera pensarse, de una respuesta uniforme para ellas ante la disparidad de soluciones que tradicionalmente se han venido ofreciendo con apoyo, a su vez, en argumentos muy diversos¹¹⁰. Los primeros dictámenes recaídos en procedimientos de resolución de contratos en aplicación de la Ley de 2017 confirman ya que no estamos ante supuestos, ni mucho menos, excepcionales y que, ante su falta de previsión normativa, se resuelven siempre en términos favorables a una atemperación, o incluso exclusión, de los efectos hoy previstos en el artículo 213.3 de la LCSP que habría que concretar normativamente¹¹¹.

noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid; 501/2019, de 11 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; o 168/2019, de 13 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

108 En este sentido, Dictamen 516/2019, de 11 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía.

109 Destaca P.L. ROÁS MARTÍN cómo estos supuestos se presentan “con mucha frecuencia en la práctica de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los que, en una suerte de reacción ante la desatención por la Administración de sus obligaciones contractuales y de un modo análogo al que pudiese darse en el ámbito privado, se paraliza la ejecución de las obras o la realización de trabajos por parte del contratista; determinando ello en cambio la concurrencia de causa de resolución imputable a aquel” (“Capítulo VIII. El control jurisdiccional de la contratación pública: Aspectos problemáticos”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 514).

110 Como estudié en *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, cit., pp. 208-277.

111 Puede aquí citarse el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 125/2019, de 13 de febrero, que informa favorablemente la resolución de un contrato de suministro en aplicación del artículo 211.f) de la LCSP, pero en el que declara no poder compartir “la propuesta de incautación de fianza e indemnización de daños y perjuicios contemplada por el ente local contratante, ya que dicha Administración pudo, durante los días de prueba del producto, devolverlo tras los primeros fallos de uso, en lugar de solicitar su reparación, reparos que se han prorrogado de forma sucesiva ante lo que era una evidente máquina defectuosa. La conclusión es que procede la resolución contractual y que cada parte se reintegre lo entregado a la otra parte contratante, según el artículo 307.1 de la ley de aplicación”. También el Dictamen 277/2019, de 27 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, considera “analizada la actuación de la Administración” que “no se aprecia una culpa exclusiva de la contratista por lo que, a nuestro juicio, no procede la incautación de la garantía”. En la misma línea, el Dictamen 232/2020, de 8 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, “ante la renuncia unilateral del contratista”, admite la existencia de la causa de resolución del artículo 211.1.f), aunque, al entenderla justificada, declara que “no resulta de aplicación el artículo 213.3 de la LCSP”. Finalmente, el Dictamen 45/2020, de 20 de febrero, del Consejo

– *Los efectos de una resolución fundada en el artículo 211.1.i)*

La LCSP no regula las consecuencias propias de una resolución del contrato por este motivo, por lo que estas quedan en la más completa indefinición ante las dificultades existentes, además, para una aplicación supletoria de las reglas previstas en el artículo 213 para otros casos de resolución contractual. En principio, y al encontramos ante una resolución por incumplimiento del contratista de sus obligaciones, pudiera pensarse en su incardinación en el apartado 3 del precepto. Ahora bien, no debe ocultarse que en la base de la disposición establecida en esta norma, prevista para los supuestos resolutorios reconocidos en las letras d) y f) del artículo 211.1, se encuentran incumplimientos de naturaleza muy diferente del que ahora nos ocupa, pues, a diferencia de los recogidos en estos apartados, el previsto en la letra i) nos sitúa ante infracciones del contratista derivadas de una relación jurídica ajena a la entablada con la Administración titular del contrato, no ante incumplimientos surgidos en el ámbito de la relación contractual, que son aquellos para los que está previsto el artículo 213.3 de la LCSP. Sin embargo, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 498/2019, de 4 de julio, el único que hemos encontrado que informe una propuesta de resolución de acuerdo con el artículo 211.1.i) de la LCSP, parece apuntar a la posible aplicación de dicho precepto a estos supuestos, al considerar que, “en cuanto a las consecuencias de la resolución, la propuesta contempla la incautación de la garantía para atender los daños y perjuicios que se hayan irrogado a la Administración”, consecuencias que “encuentran su respaldo en los apartados 3 y 5 del artículo 213 de la LCSP, que las autorizan”, por lo que “este Consejo las considera procedentes”. Habrá que permanecer atentos a ver si esta interpretación se confirma. Desde luego, la correcta aplicación del artículo 213.3 a estos supuestos pasa por la constatación de que el incumplimiento del contratista sea culpable y la existencia de daños causados a la Administración con motivo de la resolución del contrato. Confiamos en que pronto recaigan nuevos pronunciamientos de los órganos consultivos y sentencias que clarifiquen, ante la insuficiencia de la LCSP, los efectos de estos supuestos de resolución del contrato, que, por el momento, pueden considerarse residuales dentro del conjunto de causas legalmente previstas.

Bibliografía

- BAÑO, T. y MORALES, R., “La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva Ley de Contratos del Sector público”, *Revista Española de la Función consultiva*, n. 12, 2009.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

Consultivo de Castilla y León, comparte que hay un incumplimiento del plazo imputable al contratista, si bien considera, en términos que no concreta pero que apunta igualmente a una modulación en el efecto de incautación de la garantía, que “en la determinación de las consecuencias de la resolución ha de tenerse en cuenta la conducta del promotor y de la dirección facultativa”, traducidas en una serie de irregularidades de las que deja cumplida constancia.

- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma”, *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de contratos del sector público de 2017”, *Documentación Administrativa*, n. 6, 2017.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la Ley de contratos del sector público de 2017. En particular, la resolución por incumplimiento del contratista”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 28-29, 2017-2018.
- CANO CAMPOS, T., “La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014.
- CASTILLO BLANCO, F., “Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas: un estado de la cuestión”, Soriano García, J.E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014.
- CASTILLO BLANCO, F., “Capítulo XVII. Garantías exigibles en la contratación del sector público”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CEA AYALA, A., “La resolución de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 14, 2018.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP”, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018.
- COLLADO MARTÍNEZ, R.M.^a, “La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista”, *La contratación pública: Problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, www.madrid.org/ccmadrid.
- CUERDA MAS, J., “La renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva”, *Revista CEMCI*, n. 12/13, 2011.
- DEVICENTE, R., “Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 18, 2008.
- ESCRIHUELA MORALES, F.J., *La contratación del sector público, Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*, 5^a ed., La Ley, Madrid, 2018.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *El nuevo régimen de la contratación pública*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010.

- GRUPO DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO, “El procedimiento de resolución contractual: Plazo, suspensión y caducidad”, *Revista de Estudios Locales*, n. 223, 2019.
- GRUPO DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO GÓMEZ-ACEBO&POMBO, “De nuevo sobre la incautación de la garantía ante el incumplimiento culpable: La Sentencia del Tribunal Supremo 3092/2019”, *Revista de Estudios Locales*, n. 265, 2019.
- GUERRERO ANKERSMIT, R., “Comentario al artículo 211”, Recuerda Girela, M.A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2018.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “Capítulo XLI. Prerrogativas, derechos y obligaciones”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- HORGUÉ BAENA, C., “Capítulo XLIII. Modificación de los contratos”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.^a, “Capítulo XLV. La extinción de los contratos. La resolución”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MIR PUIGPELAT, O., “Contratación administrativa en tiempos de crisis”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 12, 2009.
- ROÁS MARTÍN, P.L., “Capítulo VIII. El control jurisdiccional de la contratación pública: Aspectos problemáticos”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RUÍZ DAIMIEL, D., “La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. Una crítica a la actual regulación formalista”, *Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión*, octubre de 2016.
- RUÍZ DAIMIEL, D., “Los incumplimientos de las obligaciones laborales por el contratista en determinados contratos de servicios”, *Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión*, enero de 2017.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, 4^a ed., Iustel, Madrid, 2016.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 311-368
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4634>
© Francisco Javier Sanz Larruga
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 10/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Dereito a unha información sanitaria veraz e a unha boa xestión dos datos epidemiolóxicos. Unha materia pendente en España con motivo do COVID-19

Derecho a una información sanitaria veraz y a una buena gestión de los datos epidemiológicos. Una asignatura pendiente en España con motivo del COVID-19

Right to accurate health information and good management of epidemiological data. A pending issue in Spain due to COVID-19

FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña
<https://orcid.org/0000-0003-1045-5888>
fjsanz@udc.es

Resumo: Estudo sobre o réxime xurídico da información sanitaria vixente en España, incluídos os dereitos e obrigas dos cidadáns, así como das distintas administracións públicas. Unha vez estudado o anterior réxime, analízase de xeito crítico como se desenvolveron os principios, dereitos e procedementos do sistema de información pública durante o estado de alarma declarado en España con motivo da propa-gación do COVID-19. Finalmente, ofrécense algunhas propostas de reforma do grupo regulador ante a experiencia desenvolvida nos primeiros meses da pandemia e baseadas nas críticas realizadas ao actual sistema de información sanitaria.

Palabras clave: dereito á información, COVID-19, información sanitaria, información epidemiolóxica.

60 Regap

Regap



ESTUDIOS

Resumen: Estudio sobre el régimen jurídico de la información sanitaria vigente en España, incluidos los derechos y obligaciones de los ciudadanos, así como de las diferentes administraciones públicas. Una vez estudiado el anterior régimen, se analiza de forma crítica cómo se han desarrollado los principios, derechos y procedimientos del sistema de información pública durante el estado de alarma declarado en España con motivo de la propagación del COVID-19. Finalmente, se ofrecen algunas propuestas de reforma del grupo normativo en la materia ante la experiencia desarrollada en los primeros meses de la pandemia y sobre la base de las críticas realizadas al sistema vigente de información sanitaria.

Palabras clave: derecho a la información, COVID-19, información sanitaria, información epidemiológica.

Abstract: Study on the legal regime of health information in force in Spain, including the rights and obligations of citizens as well as the different Public Administrations. Once the previous regime has been studied, it is critically analyzed how the principles, rights and procedures of the public information system have been developed during the state of alarm declared in Spain due to the spread of COVID-19. Finally, some proposals for reform of the regulatory group on the matter are offered in light of the experience developed in the first months of the pandemic and based on the criticisms made of the current health information system.

Key words: right to information, COVID-19, health information, epidemiological information.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Sistema general de información sanitaria en el régimen jurídico vigente. En particular, la información epidemiológica. 2.1 Acerca de la relevancia de la información epidemiológica para la salvaguardia de la salud colectiva en un entorno de incertidumbre científica. 2.2 El "principio de transparencia" como principio inspirador. 2.3 Los derechos y deberes de los ciudadanos relacionados con la información sanitaria. 2.3.1 Derechos sanitarios. 2.3.2 Obligaciones y deberes sanitarios. 2.4 El "Sistema de información sanitaria epidemiológica": organización, funciones y obligaciones de las administraciones públicas. 2.4.1 El "Sistema de información en salud pública". Organización, datos y seguridad de la información. 2.4.2 La "vigilancia en salud pública". En particular, la "vigilancia epidemiológica", las "redes de vigilancia" y la "Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica". 2.4.3 La "comunicación en salud pública" y otras obligaciones de las administraciones públicas. Las "Directrices de comunicación de riesgos" de la OMS de 2018. 2.4.4 El "Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias" como centro coordinador de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica. 2.4.5 Las relaciones de colaboración con organizaciones científicas y profesionales. Publicidad de los comités de asesoramiento y garantías para su independencia. 3 Desarrollo de la información sanitaria y la transparencia en el estado de alarma. 3.1 Bases jurídicas del "estado de alarma". Breve referencia a la estructura organizativa para la gestión del COVID-19. 3.2 Trabas iniciales a la transparencia y suspensión de plazos procesales y administrativos. 3.3 El acceso a la información sanitaria y transparencia. 3.4 Una comunicación pública de la crisis sanitaria manifiestamente mejorable. 3.5 Lucha contra desinformación sanitaria e "infodemia" y la protección de las libertades informativas. 3.5.1 Desinformación, "infodemia" y *fake news* sobre COVID-19. Iniciativas desde la OMS y la Unión Europea. 3.5.2 El caso de España: seguridad nacional, desinformación y libertad de expresión. 4 Hacia un nuevo sistema de información sanitaria veraz, transparente y abierto, asesorado científicamente, tecnológicamente avanzado y respetuoso con la privacidad. 4.1 Necesidad de una profunda revisión del sistema de información sanitaria. 4.2 Las nuevas propuestas institucionales para la reforma del sistema de información tras el estado de alarma. 4.3 Un gobierno abierto, transparente e informado en la gestión de la información sanitaria. 4.3.1 Un presupuesto irremplazable: la calidad y la gestión de los datos. 4.3.2 Una comunicación veraz y transparente. 4.3.3 Un órgano independiente para el asesoramiento científico y técnico. 4.4 El imprescindible recurso a la tecnología y la innovación en la lucha contra el coronavirus. La ponderación entre la protección de la salud y la preservación de la privacidad. 4.4.1 Ideas previas sobre la aplicación de las tecnologías informáticas y telemáticas en el control del COVID-19. Inteligencia artificial y *big data*. 4.4.2 Sobre las medidas tecnológicas promovidas por el Gobierno español a partir del estado de alarma. Especial referencia al "Radar COVID". 4.4.3 Hacia el equilibrio entre las medidas tecnológicas y la protección de la privacidad. Un enfoque desde la salud. 5 Reflexión final: aprender de la crisis.

1 Introducción

Cuando escribimos estas líneas hay ya casi 50 millones de contagiados y más de 1.230.000 fallecidos en todo el mundo por el virus SARS-CoV-2 o COVID-19; y, en el caso de España, se contabilizan 1.328.832 contagiados y 38.833 fallecidos, aunque sobre esta misma cifra hay, como veremos, una viva controversia acerca de su verosimilitud¹. Nuestra sociedad avanzada y tecnificada del siglo XXI ha sufrido, con motivo de la presente pandemia mundial –que la Organización Mundial de la Salud no tuvo más remedio que declarar el 11 de marzo de 2020–, una cura de humildad ante las todavía abundantes incógnitas e incertidumbres que el coronavirus presenta en la actualidad. Una vulnerabilidad sanitaria tan extendida como inesperada.

Ahora nos toca pensar –en palabras del profesor D. FARBER (de la UC-Berkeley Law School)– cómo hacer frente a la “incertidumbre en la era del coronavirus”². Para ello, como señala, D. INNERARITY, “conocer y designar adecuadamente la naturaleza de la crisis es una condición necesaria para que tomemos las mejores decisiones...”, algo que, ante la complejidad de la crisis sanitaria, solo puede hacerse con un pensamiento sistemático³. “Es un problema más epistemológico que epidemiológico” y la solución –si es que existe– “es cuestión de inteligencia colectiva, organización y protección pública”, sigue diciendo el autor⁴. Y, finalmente, el filósofo y director del Instituto Globarnance, recomienda, desde el punto de vista institucional, “un estilo de gobierno más cognitivo y menos ideológico”, mayor “capacidad colectiva de gobernar la crisis” y la “confianza” como “valor clave de las instituciones”⁵.

En medio de tantas perplejidades e incertidumbres, el objeto de nuestro estudio puede parecer una aporía: el derecho a la información sanitaria en unas circunstancias en que la información sobre el COVID-19 es abundantísima, pero todavía con muchas incógnitas por revelar. En un sistema sanitario como el español, el derecho a la información sanitaria ha sufrido un inusitado embate de la catástrofe del coronavirus pese a que, sobre el papel de las normas, las garantías de los ciudadanos y el diseño del sistema público de información sanitario está bastante desarrollado en el ordenamiento jurídico sanitario de nuestro país.

-
- 1 Una de las fuentes de información más solventes a escala mundial es la Universidad Johns Hopkins a través de su Coronavirus Resource Center. Acceso web: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.
 - 2 De su colaboración en el *Blog LegalPlanet* de 23 de marzo de 2020: “Uncertainty in the Age of Coronavirus”. Como buen experto en derecho ambiental y el derecho de los riesgos, ofrece algunas soluciones del campo ambiental, como la aportación de los expertos, el análisis de escenarios y el recurso al principio de precaución.
 - 3 Cfr. su ensayo *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, Galaxia Gutemberg, Madrid, 2020 (edición digital), de su capítulo 1º. sobre “complejidad de la pandemia”. Señala el autor que la mayor parte de las equivocaciones se han dado por “falta de conocimiento”, “no se ha hecho el esfuerzo correspondiente” (generación de saber experto, deliberación colectiva, previsión y estrategia).
 - 4 *Ibidem* de su capítulo 2º. sobre “el final del mundo”. También insiste en que “necesitamos articular una inteligencia distribuida de manera dispersa y formas de autoorganización coordinada (...) conocimiento compartido y la cooperación”.
 - 5 *Ibidem* de su capítulo 3º. sobre “virus contra el populismo”. En una colaboración del mismo autor para el diario *El País*, titulada “Las certezas que tenemos” (12/08/2020), afirma que ahora “nuestras principales controversias giran en torno a: qué ignorancia podemos permitirnos, cómo podemos reducirla con procedimientos de previsión, o qué riesgos es oportuno asumir”, “estamos ante el desafío de aprender a gestionar esas incertidumbres que nunca pueden ser completamente eliminadas y transformarlas en riesgos calculables y en posibilidades de aprendizaje”; en definitiva, concluye, hay que “aprender a sobrellevar la incertidumbre”.

Siguiendo las recomendaciones epistemológicas del profesor INNERARITY, es obligado en estos momentos –sumidos todavía en el fragor de la pandemia– promover el conocimiento en el campo de la salud y de la sanidad públicas con el objetivo de ofrecer a los pacientes (sufrientes, en muchos casos) ciudadanos la mejor información disponible. Y sin que para ello importe rectificar las prácticas erróneas, pues en ello está en juego recobrar la confianza en las instituciones sanitarias y en las mejores orientaciones posibles de los ciudadanos en la gestión de esta crisis.

Hemos elegido este tema de estudio no solo por la importancia que la información sanitaria presenta ante una crisis sanitaria como la presente del COVID-19, sino por la generalizada crítica –por parte de profesionales y expertos– que este concreto aspecto de la gestión pública ha desatado desde el comienzo en nuestro país⁶. Y esto con la pretensión de analizar cómo está prevista la información pública en nuestro ordenamiento jurídico y, si es preciso, emprender reformas en este capítulo de la salud pública.

Este trabajo está estructurado, principalmente, en tres partes, si excluimos la presente “Introducción” (apartado 1), la “Reflexión final” (apartado 5) y la “Bibliografía”: una primera parte –objeto del apartado 2– sobre el “sistema general de información sanitaria” en el régimen jurídico vigente en España, con una especial atención a la “información epidemiológica” en la que nos llama la atención (en contraste con su aplicación práctica) la detallada previsión normativa de sus elementos configuradores y de los derechos –y las obligaciones de información– que están en juego, y, en particular, el derecho a la información sanitaria epidemiológica que encabeza el título de este trabajo. En segundo lugar, analizamos a lo largo del apartado 3 el “desarrollo de la información sanitaria” en el primer estado de alarma⁷ –que se prolongó desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020, después de sucesivas prórrogas (seis) y el desarrollo de las fases de la “desescalada” o “transición a la nueva normalidad”–, donde estudiamos críticamente los más relevantes aspectos de la información sanitaria en esos meses: la transparencia, la comunicación de la crisis sanitaria y la lucha contra la desinformación. Y, finalmente, en la tercera parte –correspondiente al apartado 4– abordamos los más importantes aspectos que deben orientar el futuro del sistema de información sanitaria en casos de epidemia como la presente y partiendo de la base de que el sistema requiere una profunda revisión, si bien la regulación vigente es, a nuestro juicio, bastante completa.

6 Como botón de muestra, señalo las dos colaboraciones publicadas en una prestigiosa revista médica: GARCÍA-BASTEIRO, A., ÁLVAREZ-DARDET, C., BENGÓA, R., BORREL, C., DEL VAL, M., *et al.*, “The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain”, *The Lancet*, 6 de agosto de 2020; y TRIAS-LLIMÓS, S., ALUSTIZA, A., PRATS, C., TOBIAS, A. y RIFFE, T., “The need for detailed COVID-19 data in Spain”, *The Lancet*, vol. 5, n. 11, 2020.

7 El segundo estado de alarma fue declarado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, que, a su vez, ha sido posteriormente prorrogado en virtud del Real decreto 956/2020, de 3 de noviembre de 2020, por un periodo de seis meses, desde las 00:00 horas del 9 de noviembre hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021.

2 Sistema general de información sanitaria en el régimen jurídico vigente. En particular, la información epidemiológica

2.1 Acerca de la relevancia de la información epidemiológica para la salvaguardia de la salud colectiva en un entorno de incertidumbre científica

En su monografía sobre el “marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios” y, más concretamente, al tratar del principio de transparencia como uno de los “principios básicos de la protección de la salud colectiva”, el profesor CIERCO SEIRA pone de manifiesto la importancia que para la salvaguardia de la salud colectiva tiene la información sanitaria⁸; y señala además que: “no cabe duda de que la intervención de la Administración en pos de este objetivo (salvaguardia de la salud colectiva) está muy condicionada por la cantidad y calidad de la información que sea capaz de obtener, recopilar, ordenar, analizar e interpretar. Solo merced a un acervo informativo completo sobre los problemas de salud que con carácter general afectan a la población puede confeccionarse más tarde una política de salud pública verdaderamente eficaz”⁹. Y, dentro de este caudal de información sanitaria, sigue diciendo el autor, “cobra un particular interés la denominada “información epidemiológica”¹⁰.

Atento ahora a los beneficios que reporta a la salud pública la información epidemiológica, el profesor CIERCO SEIRA destaca los siguientes:

- 1º. “esta información permite conocer *cuáles son los problemas de salud* que afectan a una población determinada, en un momento dado, y en un área específica concreta”¹¹;
- 2º. “sirve para aislar las causas o los factores que se muestran como posibles determinantes de las enfermedades”¹², tanto de forma estática como dinámica,
- 3º. es de “gran utilidad para llevar a cabo la planificación de las políticas de salud pública”¹³;
- 4º. “sirve (...) para evaluar *a posteriori* o “monitorizar” (...) el grado de eficacia de las medidas y acciones emprendidas por la Administración”¹⁴;

8 Cfr. CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

9 *Ibidem*, p. 55.

10 *Ibidem*. Amparándose en el concepto vigente de “epidemiología”, la información epidemiológica “engloba el conjunto de la información relativa a los problemas de salud de la población y a los determinantes que inciden sobre ella”.

11 *Ibidem*, p. 56.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*, p. 57. Añade a este respecto: la “información, a la par que facilita los datos sobre los problemas de salud de la población, ofrece la posibilidad de jerarquizarlos, revelando cuáles son las necesidades que en cada momento deben atenderse con mayor prioridad”.

14 *Ibidem*.

5º. la “detección precoz” que permite “detectar los brotes de enfermedades y evitar, con intervención rápida, que se conviertan en epidemia”¹⁵.

Volviendo al principio, la adecuada gestión de la información epidemiológica “trae como correlato natural la exigencia de una adecuada transparencia en su uso y manipulación”¹⁶.

Ahora bien, en la búsqueda de información sobre el COVID-19 en la que se requiere, por lo tanto, la “apelación a la ciencia”, es importante subrayar, como hace ESTEVE PARDO¹⁷, la “espesa incertidumbre que se cierne sobre un riesgo de extrema gravedad para la salud” y que, por lo tanto, dicha apelación a la ciencia se lleva a cabo en “un entorno de incertidumbre científica”¹⁸. El COVID constituye un riesgo que es preciso regular y gestionar, y, para tal fin, tomar decisiones tras el conocimiento que se vaya adquiriendo¹⁹. Al carecer del suficiente conocimiento experto sobre el COVID-19, el conocimiento “ha de adquirirse entonces en plena epidemia, en vivo”²⁰. Ante esta situación y dado que se tienen que adoptar medidas para evitar daños a la salud, las “estrategias desarrolladas por el derecho para decidir en situaciones de incertidumbre científica” son, según el profesor ESTEVE PARDO, dos:

1ª. La “estrategia externa, cientifista, de decisión de la incertidumbre”, que puede sintetizarse del siguiente modo:

– Está basada en el “principio de precaución”, principio jurídico utilizado en entornos de incertidumbre científica ante riesgos para la salud y para el medio ambiente²¹.

– Dado que ante la incertidumbre y los riesgos desplegados es necesario excepcionar el régimen jurídico aplicable, otro principio, el de “proporcionalidad”, aparece con grandes potencialidades, obligando a ponderar las medidas que han de adoptarse en atención a los posibles daños²².

– La situación de excepcionalidad conlleva, asimismo, “una marcada vocación de provisionalidad” de las medidas que se adopten y con la necesidad de volver a la normalidad del derecho cuando desaparezca la incertidumbre²³.

2ª. La “estrategia interna de decisión sobre certezas y referencias construidas, de ficción” (“autorreferencial”), basada, como dice ESTEVE PARDO, en presunciones tanto de tipo procedimental como institucional, de manera que, en el entorno de incertidumbre, “no se les puede pedir a los órganos políticos o administrativos

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*, p. 58.

17 ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020, pp. 35-50.

18 *Ibidem*, p. 36.

19 El profesor ESTEVE PARDO distingue tres fases en la regulación del riesgo: “la decisión sobre el riesgo permitido”, “la gestión de ese riesgo” (una fase volcada también en la adquisición de conocimientos) y “el tratamiento de las responsabilidades por los daños y perjuicios que de las anteriores fases puedan derivarse” (“La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, cit. y *loc. cit.*, p. 38).

20 *Ibidem*, p. 38.

21 *Ibidem*, p. 40.

22 *Ibidem*, p. 41.

23 *Ibidem*, pp. 43 y 44.

competentes el don de la profecía para que acierten en sus decisiones”, pero “lo que sí resulta exigible es que esas decisiones se atengan a unas ciertas referencias institucionales y procedimentales para reforzar la legitimidad de sus decisiones y no tanto su acierto científico”²⁴:

– Desde el punto de vista institucional, se trata de crear un “órgano”, “instituto”, “comité científico”, “previamente definido e institucionalizado” al que se otorga la “legitimidad”, si bien no garantiza el acierto científico; “un órgano integrado por expertos muy cualificados para extraer de él la necesaria presunción de autoridad científica para dar cobertura a las decisiones políticas o administrativas en situaciones de incertidumbre”.

– Desde el punto de vista procedimental, hace falta un mínimo de regulación para la solicitud de los informes, la accesibilidad a los mismos, etcétera.

En las páginas que siguen vamos a intentar ofrecer las bases jurídicas del sistema de información sanitaria vigente en España, que se encuentra principalmente en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (en adelante, LGSP). Llama la atención la densidad normativa de esta función informativa de la sanidad que nos obliga a desarrollar con algún detalle los principales elementos configuradores de su régimen jurídico.

2.2 El “principio de transparencia” como principio inspirador²⁵

Dos años antes de la promulgación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la LGSP incluyó entre sus principios inspiradores el de “transparencia”, estableciendo en su artículo 3.f) que “las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes” y además que “la información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos”.

Otro de los principios orientadores de la acción en materia de salud pública, el “principio de precaución”, recogido en el artículo 3.d) de la LGSP, en cuya virtud “la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”, puede tener relación con la información sanitaria en la que, en muchas ocasiones (como la de la pandemia del coronavirus), está afectada de “incertidumbre científica”; y en su aplicación integrada con el principio de transparencia puede implicar que la falta de certidumbre dé lugar a legitimar decisiones públicas de prohibición o limitaciones de determinadas actividades (como, por ejemplo, la celebración de reuniones o manifestaciones públicas)²⁶.

24 *Ibidem*, pp. 46 y 47.

25 Para el profesor CIERCO SEIRA, el principio de transparencia es uno de los principios básicos de la protección de la salud (*Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., pp. 53-74). Al estudiarlo en su monografía le permite tratar todos los aspectos que tienen que ver con la información sanitaria, salvo “las técnicas de información”, que las trata en el apartado relativo a las “formas de actuación administrativa” (cfr. sus pp. 176-184).

26 CIERCO SEIRA pone de manifiesto las múltiples conexiones que pueden darse entre los principios. Así, por ejemplo, se refiere al caso en que “la potenciación de todo tipo de fuentes de información relacionada con los problemas de salud a que lleva la transparencia tiene mucho que ver con la vigencia del principio de precaución preocupado como está en la aparición

2.3 Los derechos y deberes de los ciudadanos relacionados con la información sanitaria

La LGSP prevé dos tipos de derechos de los ciudadanos en relación con la información sanitaria: el “derecho a la información” (art. 4) y el “derecho a la intimidad y confidencialidad” (art. 7). La regulación de estos derechos en la LGSP debe ser complementada con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LBRAP). Está claro que uno de los más relevantes problemas jurídicos que se despliegan en torno a la información es, como afirma CIERCO SEIRA, “el tratamiento de los datos epidemiológicos en su vertiente de datos personales especialmente afectos a la intimidad de las personas”²⁷; por tal motivo, comprobaremos la firme apuesta del ordenamiento jurídico en su protección.

2.3.1 Derechos sanitarios

2.3.1.1 Derecho a la información sanitaria

En cuanto al “derecho a la información” –que constituye un trasunto del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.d) de la Constitución española– “en materia de salud por las administraciones competentes”, se reconoce –en el referido artículo 4 de la LGSP– no solo a los “ciudadanos” individualmente considerados, sino también a las “organizaciones en que se agrupen o que los representen”, si bien “con las limitaciones previstas en la normativa vigente”. Sobre el contenido de este “derecho a la información”, el artículo 4 de la LGSP desarrolla y concreta sus contenidos²⁸:

1º. “Sobre los derechos que les otorga esta ley” (art. 4.a).

2º. “Sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas” (art. 4.b).

3º. “Sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes de la salud de la población y sobre su impacto” (art. 4.c), añadiendo a este precepto que, “si el riesgo es inmediato, la información se proporcionará con urgencia” (art. 4.c) *in fine*). Supuesto este de información de riesgos que se aplica, por lo tanto, sobre los riesgos producidos por la pandemia del coronavirus.

de nuevos factores de riesgo” (*Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 88).

27 CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 62.

28 Sobre los antecedentes del derecho a la información sanitaria, cfr. el trabajo de BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 3, n. 1, 1995, pp. 171-192. En el estudio sobre el derecho a la información en la Ley 14/1986, el autor concluye echando en falta su configuración como “derecho subjetivo del derecho de los ciudadanos a la educación sanitaria y a la información sanitaria de carácter epidemiológico” (p. 192).

4º. Y, en cuanto al formato de la información, el artículo 4.d) dispone que la información “se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo”. Por lo tanto, se insiste en que la información sanitaria al público tiene que ser comprensible para la ciudadanía y accesible para todas aquellas personas que sufren alguna discapacidad que los limita en su acceso a la información, información que, como es natural, en pleno siglo XXI, ha de estar disponible a través de internet.

Por su parte, la LBRAP desglosa el “derecho de la información” en dos modalidades de derechos, de acuerdo con su contenido informativo:

1º. “Derecho a la información asistencial” –recogido en el artículo 4 de la LBRAP – que se reconoce a los “pacientes” o a las personas vinculadas con él (cfr. art. 5 LBRAP sobre el “titular del derecho a la información asistencial”) sobre “cualquier actuación en el ámbito de la salud” (en general, es la llamada “información clínica”) y es obligación de facilitarla por los médicos responsables²⁹.

2º. El “derecho a la información epidemiológica”, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la LBRAP, es el reconocido a los “ciudadanos”, y que consiste en “conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud...”.

2.3.1.2 Derecho a la intimidad y a la confidencialidad

Por lo que se refiere al “derecho a la intimidad y confidencialidad”, el artículo 7 de la LGSP, de una parte, dispone que, “en relación con su participación en actuaciones de salud pública”, “todas las personas tienen derecho al respeto (...) a la intimidad personal y familiar” (art. 7.1), pero el apartado 2 del mismo artículo 7 se refiere específicamente a esta intimidad sobre “la información personal que se emplee en las actuaciones de salud pública”; para completar su régimen jurídico, además de la base constitucional contenida en el artículo 18 de la Constitución española (sobre reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y al límite del “uso de la informática” para garantizar dicho derecho), la LGSP remite expresamente a lo establecido por la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (que hoy debe sustituirse por la vigente Ley orgánica 3/2018,

29 Esta información tiene gran relevancia para poder respetar la “autonomía del paciente” –que se regula a lo largo de los artículos 8 a 13 de la LBRAP– y que es la base del llamado “consentimiento informado”, definido en el artículo 3 de la LBRAP como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el penoso uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. Por consiguiente, el consentimiento informado es obligatorio para que pueda desarrollarse toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente. No obstante, dicho conocimiento informado tiene sus límites –previstos a lo largo del artículo 9 de la LBRAP–; así, por ejemplo, “cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por ley” y, en todo caso, “una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas” (cfr. art. 9.2.a) LBRAP); en tales casos, “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento...”. Sobre la “historia clínica”, que es un instrumento fundamental para la información sanitaria de los pacientes y usuarios de servicios sanitarios, cfr. su regulación desarrollada en los artículos 14 a 19 de la LBRAP.

de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales). Por su parte, la LBRAP regula escuetamente el “derecho a la intimidad” en su artículo 7, incidiendo en la garantía para el acceso limitado a los mismos³⁰; en esta dirección se orienta el principio básico contenido en el artículo 2.7 de la misma LBRAP: “la persona que elabore o tenga acceso a la información y a la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

El artículo 4.2 de la LGSP –sobre “datos básicos y comunicación de la información”– puntualiza que “el acceso a la información por parte de los usuarios se realizará en los términos establecidos en esta ley y sus disposiciones de desarrollo”.

2.3.2 Obligaciones y deberes sanitarios

Por último, en cuanto a los deberes jurídicos de los ciudadanos, el artículo 9.1 de la LGSP establece una obligación jurídica de información para los ciudadanos en general: la de poner en conocimiento de las autoridades sanitarias “hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población”. Por su parte, el artículo 2.5 de la LBRAP recoge entre sus “principios básicos” el que se proyecta sobre los pacientes y usuarios (de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados) y, en particular, el “deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”. Esta última obligación es de gran relevancia en el caso de una pandemia como la del COVID-19 para evitar, en atención a su potencialidad contagiosa, la dispersión de la enfermedad.

2.4 El “Sistema de información sanitaria epidemiológica”: organización, funciones y obligaciones de las administraciones públicas

2.4.1 El “Sistema de información en salud pública”. Organización, datos y seguridad de la información

A lo largo del capítulo IX de la LGSP se regula el régimen jurídico del sistema de información pública. Así, conforme a su artículo 4.0.1, han de integrarse en el referido “sistema de información en salud pública” no solo los “sistemas de información en materia de salud pública” (propriadamente dichos), sino también aquellos sistemas “cuya información sea relevante en la toma de decisiones en esta materia, con

30 El referido artículo 7 dispone que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

independencia de su titularidad...”³¹. Y, dado que la información susceptible de integrar el repetido “sistema de información”, la propia ley en su artículo. 40.2 se preocupa de garantizar la “compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas públicos de información” y, para tal fin, remite a lo dispuesto en el capítulo V de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud”³². Corresponde al “Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud” “aprobar la información sobre salud pública que se incluya en el sistema de información...”³³.

Según la misma Ley 16/2003, el “sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud” –dependiente del Ministerio de Sanidad– ha de garantizar “la disponibilidad de la información y comunicación recíprocas entre las administraciones sanitarias” (las comunidades autónomas, la Administración general del Estado y las entidades gestoras de la Seguridad Social)³⁴, y, para tal fin, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordará “los objetivos y contenidos de la información”³⁵; también se prevé la “Red de comunicaciones del Sistema Nacional de Salud” del Ministerio de Sanidad, “a través de la utilización preferente de las infraestructuras comunes de comunicaciones y servicios telemáticos de las administraciones públicas” (art. 54 de la Ley 16/2003³⁶); además, su artículo 55 establece que el sistema de información sanitaria “contemplará específicamente la realización de estadísticas para fines estatales en materia sanitaria...”.

A modo de homologación internacional, el artículo 40.4 de la LGSP establece que “el sistema de información de salud estará integrado por indicadores basados, entre

31 El apartado 3º del mismo artículo 40 de la LGSP describe una serie de contenidos que, “como mínimo”, han de integrar el “sistema de información en salud pública”, en particular: “a) Las estadísticas, registros y encuestas que midan los condicionantes de la salud: educación, situación social, situación laboral, entorno físico y medioambiental, incluyendo los cambios en el clima, seguridad, demografía, economía, servicios, recursos sanitarios, presencia de contaminantes en las personas y cualquier otra variable que el conocimiento científico y las necesidades de la Administración sanitaria hagan necesaria. b) Las estadísticas, registros y encuestas que midan la salud, la calidad de vida y el bienestar de la población. c) La información sobre políticas y sobre actuaciones de salud pública en todos los ámbitos de acción”.

32 En este capítulo V se regula el “sistema de información sanitaria”, distinguiendo, de una parte, el “sistema de información sanitaria” propiamente dicho; de otra parte, la “tarjeta sanitaria individual” (cfr. su art. 57); y, finalmente, el “Instituto de Información Sanitaria”, encargado de “recabar, elaborar y distribuir la información que responda a las necesidades del Sistema Nacional de Salud, con criterios de transparencia y objetividad de la información generada, de acuerdo con las directrices que para su utilización establezca el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”, de “recabar datos procedentes de otras fuentes, tanto nacionales como internacionales, con el fin de complementar la información intrínseca al Sistema Nacional de Salud, posibilitar el establecimiento de correlaciones, así como facilitar la comparabilidad con otros ámbitos”, y velar “por la integridad y seguridad de los datos confiados” (cfr. arts. 58.2, 58.3 y 58.4).

33 El mismo precepto se remite al ya referido capítulo V de la Ley 16/2003 para definir “un conjunto de datos básicos en las condiciones y requisitos” establecidos por dicho capítulo legal.

34 Cfr. artículo 53.5 de la Ley 16/2003.

35 En el mismo artículo 53.1 de la Ley 16/2003 se especifican los colectivos para quienes se orientan los contenidos del sistema de información (autoridades sanitarias, profesionales, ciudadanos y organizaciones y asociaciones en el ámbito sanitario). Para lograr la “máxima fiabilidad de la información que se produzca”, el artículo 53.3 prevé que el Ministerio de Sanidad establezca la “definición y normalización de datos y flujos, la selección de indicadores y los requerimientos técnicos necesarios para la integración de la información...”. Por último, el mismo artículo 53 en su apartado 6 exige que la “cesión de datos, incluidos aquellos de carácter personal necesarios para el sistema de información sanitaria, esté sujeta a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal...”.

36 En este mismo artículo 54, como en el 56 de la citada Ley 16/2003, hay una nutrida referencia a los medios de comunicación electrónica y telemática, así como al uso de certificados y firmas electrónicas que hoy hay que remitir al contenido del régimen de la “administración electrónica” de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y del régimen jurídico del sector público, respectivamente. Más concretamente, cfr. los artículos 155 (transmisiones de datos entre administraciones públicas) y el artículo 156 (Esquema Nacional de Interoperabilidad y Esquema Nacional de Seguridad) de la Ley 40/2015.

otros, en los criterios de la Organización Mundial de la Salud y de la Unión Europea”. A este respecto, el Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la Salud (en su 2ª. edición de 2005) contiene una serie de criterios que deben tener en cuenta todos los Estados, en particular por lo que se refiere a la información de las disposiciones del título II sobre “Información y respuesta de salud pública” (arts. 15-18). Por su parte, la Unión Europea ha elaborado, mediante la “Acción común para la supervisión de los indicadores sanitarios de la Comunidad Europea”, una lista de 88 indicadores (indicadores esenciales europeos de salud, ECHI)³⁷.

Inciendo en la organización de los sistemas de información sanitaria, el artículo 41.1 de la LGSP establece que las autoridades sanitarias, con el fin de asegurar la mejor tutela de la salud de la población, podrán requerir “a los servicios y profesionales sanitarios informes, protocolos y otros documentos con fines de información sanitaria”. Además, se prevé el supuesto del “tratamiento de los datos personales, relacionados con la salud” sin que se necesite el consentimiento de las personas afectadas, así como “su cesión a otras administraciones sanitarias” “cuando ello sea estrictamente necesario para la tutela de la salud de la población” (cfr. art. 41.2 LGSP)³⁸.

El tratamiento de datos sin el consentimiento del titular de carácter excepcional también se contempla en el Reglamento (UE) 2016/679 de protección de datos (en adelante RGPD); así, según su artículo 9, es lícito el tratamiento de “datos relativos a la salud”³⁹ cuando concurren determinadas circunstancias como las previstas en su letra i): cuando “el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional”⁴⁰.

37 En la Unión Europea existe un “Grupo de Expertos de Información Sanitaria” (RGHI) y una “Acción conjunta sobre información sanitaria” que se puso en marcha el 28 de marzo de 2018.

38 El apartado 3º. del mismo artículo 41 precisa que “las personas públicas o privadas cederán a la autoridad sanitaria, cuando así se les requiera, los datos de carácter personal que resulten imprescindibles para la toma de decisiones en salud pública, de conformidad con lo establecido en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En cualquier caso, el acceso a las historias clínicas por razones epidemiológicas y de salud pública se someterá a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 16 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. Este artículo 16.3 –que fue modificado por la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales– establece las condiciones de acceso a la historia clínica (por ejemplo, con “fines epidemiológicos”), obligando a preservar los datos de identificación del paciente; además “cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública”, y añade que, en tal caso, “el acceso deberá ser realizado, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos”.

39 Según el artículo 4.15 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por “datos relativos a la salud”: “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”.

40 El considerando 46 del Reglamento (UE) 2016/679, sobre la licitud de tratamiento de datos de salud fuera de las condiciones ordinarias (que requieren el consentimiento del afectado), establece: “ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el

En aplicación a España del repetido Reglamento de la UE, la disposición adicional 17ª. de la Ley orgánica 3/2018 prevé un régimen particular para el tratamiento de los datos relacionados con la salud y de datos genéticos, y, en lo relativo a la “investigación en salud” se prevé que: “Las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública puedan llevar a cabo estudios científicos sin el consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública” (apartado 2.b) de la disposición adicional 17ª.). Además, en la misma disposición adicional se contienen una serie de condiciones para el tratamiento de datos personales con fines de investigación en salud, como su reutilización, “seudonimización”, informes de los comités de ética, etcétera.

Por último, el artículo 43 de la LGSP exige que “en todos los niveles del sistema de información en salud pública se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos”⁴¹.

2.4.2 La “vigilancia en salud pública”. En particular, la “vigilancia epidemiológica”, las “redes de vigilancia” y la “Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica”

La importancia de la “información epidemiológica” se pone de relieve en la misma Ley general de sanidad al reconocer en su artículo 8.1: “Se considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y la evaluación sanitarias, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica”⁴².

Un apartado muy relevante de la información epidemiológica es el relativo a la vigilancia en salud pública, a la que se dedica el capítulo 1º del título II de la LGSP. En efecto, en primer lugar, el artículo 12.1 de la LGSP define en qué consiste esta actuación de salud pública: “el conjunto de actividades destinadas a recoger, analizar, interpretar y difundir información relacionada con el estado de la salud de la población y los factores que la condicionan, con el objeto de fundamentar las actuaciones de salud pública”. A estos efectos, el apartado 2 del mismo artículo 12 enumera algunos de los factores y condicionantes que deben tenerse en cuenta para la función de vigilancia sanitaria; así, por ejemplo, los riesgos (los ambientales, los relacionados con el trabajo, los alimentarios) (cfr. sus apartados 2º, 3º y 4º), “las enfermedades transmisibles, incluyendo las zoonosis y las enfermedades emergentes” (apartado

tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano”.

41 De nuevo nos tenemos que remitir aquí al artículo 156 de la Ley 40/2015 sobre el Esquema Nacional de Seguridad”, desarrollado en virtud del Real decreto 3/2010, de 8 de enero, modificado por el Real decreto 951/2015. De otra parte, el mismo artículo 43 de la LGSP, en su apartado 2º, recoge una típica exigencia de los sistemas de seguridad de que “los trabajadores de centros y servicios públicos y privados y quienes por razón de su actividad tengan acceso a los datos del sistema de información están obligados a mantener el secreto”.

42 El artículo 18.13 de la misma LGS recoge entre una de las actuaciones sanitarias a desarrollar por las administraciones: “la difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud”.

6º), “los problemas de salud relacionados con el tránsito internacional de viajeros y bienes” (apartado 7º), etcétera.

El artículo 12.3 de la LGSP describe someramente las funciones de la “vigilancia”: “unos sistemas de alerta precoz y respuesta rápida para la detección y evaluación de incidentes, riesgos, síndromes, enfermedades y otras situaciones que pueden suponer una amenaza para la salud de la población”.

Desde el punto de vista competencial, según el artículo 40.12 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (en adelante, LGS), “la Administración del Estado” –aunque “sin menoscabo de las competencias de las comunidades autónomas”– desarrollará: “Los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos y de las zoonosis, así como la coordinación de los servicios competentes de las distintas administraciones públicas sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional”. Y las competencias de las comunidades autónomas y de las entidades locales⁴³ en esta materia están reconocidas en el artículo 12.4 de la LGSP: “asegurarán en el ámbito de sus competencias que los respectivos sistemas de vigilancia en salud pública cumplen en todo momento con las previsiones de esta ley” y también “habrán de proporcionar la información que establezca la normativa nacional e internacional, con la periodicidad y desagregación que en cada caso se determine”.

No conforme la LGSP con el establecimiento de los servicios de vigilancia en salud pública, su artículo 15 (sobre “recursos para la salud pública”) contiene una disposición un tanto voluntarista para la promoción de los servicios de salud (entre ellos, el de la vigilancia): “Las administraciones sanitarias públicas favorecerán la existencia de infraestructuras adecuadas para las actividades de salud pública, que comprenden los laboratorios y demás instalaciones y recursos físicos (empleados públicos) y virtuales de los servicios de salud pública, que cubran las necesidades específicas en materia de salud pública y aseguren la calidad de los servicios...”⁴⁴.

Como señala CIERCO SEIRA, “a fin de obtener datos relativos a los problemas de salud de la población y a sus factores y condicionantes, la Administración cuenta para sí con una serie de fuentes y dispositivos destinados, específicamente, a la producción de información de carácter epidemiológico. Entre estos dispositivos, destacan las denominadas redes de vigilancia epidemiológica, cuya misión no es otra que la recogida de datos de salud colectiva de forma sistemática y continuada, su ordenación, análisis e interpretación”⁴⁵.

43 La base legal de las competencias municipales sobre “protección de la salubridad pública” se encuentra en el artículo 25.2.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

44 Añade la misma disposición que: “Asimismo, las administraciones sanitarias públicas desarrollarán reglamentariamente el régimen específico de incentivos y ayudas públicas en el ámbito de la salud pública, que fomente la capacitación y cooperación de las personas físicas y jurídicas con la materia, basado en principios de publicidad, eficacia, transparencia y control, de acuerdo con los objetivos de la presente ley”.

45 Cfr. CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 58.

En España, la “Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica” se creó, para satisfacer las exigencias de la Unión Europea, en 1995⁴⁶. Efectivamente, en virtud del Real decreto 2210/1995 –que es una norma de carácter básico (cfr. su disposición adicional única)–, se fundó dicha Red Nacional sobre la base del modelo descentralizado, integrando las redes de vigilancia de las comunidades autónomas, bajo la coordinación del “Centro Nacional de Epidemiología”, dependiente del Ministerio de Sanidad y, a su vez, integrado en el Instituto de Salud Carlos III. La “Red Nacional” –que está al servicio del “Sistema Nacional de Salud”– forma parte de una “Red europea de vigilancia epidemiológica y de control de las enfermedades transmisibles” creada en 1998⁴⁷.

Según el citado RD 2210/1995, la constitución de la “Red nacional de vigilancia epidemiológica” (RENAVE) “permite la recogida y el análisis de la información epidemiológica con el fin de poder detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional y difundir la información a sus niveles operativos competentes”. Entre sus funciones están las siguientes:

1. Identificación de los problemas de salud de interés supracomunitario en términos de epidemia, endemia y riesgo.
2. Participación en el control individual y colectivo de los problemas de salud de interés supracomunitario, garantizando, de forma precisa, el enlace entre vigilancia y toma de decisiones para prevención y control por parte de las autoridades sanitarias competentes.
3. Realización del análisis epidemiológico, dirigido a identificar los cambios en las tendencias de los problemas mencionados en el apartado anterior, así como otras investigaciones epidemiológicas.
4. Aporte de información operativa para la planificación.
5. Difusión de la información a los niveles operativos competentes (...)” (art. 2 del RD).

46 Como señala CIERCO SEIRA, desde la década de los noventa, varias instancias de la Unión Europea venían insistiendo en la necesidad de mejorar e intensificar la colaboración entre los Estados miembros de la vigilancia de las enfermedades transmisibles (cfr. *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, cit., p. 58).

47 Esta “Red de vigilancia” se creó en virtud de la Decisión n. 2119/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que fue derogada y sustituida por la Decisión n. 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud. La nueva decisión reactivó la red para la vigilancia epidemiológica de las enfermedades transmisibles y de los problemas sanitarios especiales relacionados. Asimismo, dictó normas sobre los datos y la información que las autoridades nacionales competentes deben comunicar, y estableció la coordinación continuada de la red por el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC). Este centro europeo, creado en 2005, tiene como objetivo reforzar las defensas de Europa contra las enfermedades infecciosas y controla tres sistemas esenciales para el control de enfermedades: el sistema SAPR (alertas de detección de amenazas), la plataforma EPIS (información epidemiológica) y el sistema TESSy (vigilancia). Entre sus funciones más relevantes están las siguientes: analizar e interpretar los datos de los países de la UE sobre 52 enfermedades transmisibles, a través del “Sistema Europeo de Vigilancia” (TESSy); proporcionar asesoramiento científico a los gobiernos e instituciones de la UE; garantizar la detección precoz y el análisis de las amenazas emergentes para la UE; y coordina el “Programa Europeo de Formación en Epidemiología de Intervención” (EPIET) y el “Programa Europeo de Formación en Microbiología para la Salud Pública” (EUPHEM); y ayudar a los gobiernos de la UE a prepararse contra los brotes de enfermedades. Para obtener más información de este centro, puede consultarse su página web: <https://www.ecdc.europa.eu/>.

El “sistema básico de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica” está compuesto de los siguientes elementos⁴⁸:

1º. La “Declaración obligatoria de enfermedades” (cfr. arts. 9 a 14 del RD 2210/1995): en el anexo I del RD se relaciona el listado de enfermedades de declaración obligatoria⁴⁹ y en su regulación se detallan los aspectos temporales, materiales y formales de recogidas de datos o casos que las comunidades autónomas deben proporcionar al Ministerio de Sanidad. En todo caso, “la información deberá ser presentada de forma que permita la homogeneidad y comparabilidad de las diferentes unidades territoriales” (art. 12 *in fine* del RD).

2º. Las “situaciones epidémicas y brotes” (cfr. arts. 15–21 del RD 2210/1995): se identifican los supuestos de “brotes” o “situaciones epidémicas” (incluidos los de “interés supracomunitario”), sobre la obligatoriedad, en su caso, de declararlos con carácter obligatorio y urgente, y sobre las tareas –de información, de cooperación, etc.– del Ministerio de Sanidad y de las comunidades autónomas.

3º. La “información microbiológica” (cfr. arts. 22–27 del RD 2210/1995): consistente en la recogida de datos sobre la patología confirmada por el laboratorio “con el objetivo de aportar información específica para su vigilancia epidemiológica”⁵⁰.

2.4.3 La “comunicación en salud pública” y otras obligaciones de las administraciones públicas. Las “Directrices de comunicación de riesgos” de la OMS de 2018

Otro apartado muy importante que se desprende también del principio de transparencia es el relativo a la comunicación o difusión al público de la información sanitaria relevante. Se trata además de una de las funciones o actuaciones que la LGS atribuye a las administraciones públicas sanitarias, en particular: “la difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento de los problemas de salud” (art. 18, 13 LGS).

Ya vimos cómo, en virtud del referido principio de transparencia, la información sobre cuestiones y actuaciones de salud pública “deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos” (art. 3.f) *in fine* LGSP). La misma LGSP impone a las administraciones sanitarias, en su artículo 10, la específica obligación de “información pública sobre riesgos para la salud de la población”, de manera que, “sin perjuicio de las competencias que corresponden a otras autoridades públicas”, “las administraciones sanitarias informarán sobre la presencia de riesgos específicos

48 Además de los elementos que vamos a señalar, el artículo 28 del RD 2210/1995 establece que “el sistema básico de la Red Nacional de Vigilancia podrá apoyarse, para aumentar su eficacia, en elementos complementarios, tales como las redes de médicos centinela, las enfermedades trazadoras y los territorios centinela. Para ello, las administraciones sanitarias, en el ámbito de sus competencias, podrán establecer los criterios de selección de los problemas a vigilar, sus circuitos de información y sus ámbitos de aplicación”.

49 De acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, el “COVID-19” –enfermedad producida por el virus “SARS-CoV-2”– es una “enfermedad de declaración obligatoria urgente”.

50 Según el artículo 22 del RD 2210/1995, dicha información debe permitir: “1. Detectar la circulación de los diferentes agentes etiológicos, sus características y patrones de presentación. 2. Caracterizar brotes epidémicos. 3. Identificar nuevos agentes y patologías emergentes. 4. Incorporar nuevos elementos de vigilancia, tales como resistencias bacterianas a antimicrobianos y marcadores epidemiológicos”.

para la salud de la población”, información que “incluirá una valoración de su impacto en la salud, medidas que adopten las administraciones sanitarias al respecto y las recomendaciones para la población”.

También la LGSP se refiere en el artículo 9 (sobre el deber de comunicación de las personas para con las administraciones sanitarias) a las “obligaciones de comunicación e información que las leyes imponen a los profesionales sanitarios”.

Sobre la “comunicación en salud pública”, el artículo 18 de la LGSP contiene relevantes determinaciones para los poderes públicos y las administraciones sanitarias:

1º. Que “velarán por que la información sobre salud dirigida al público sea veraz y cumpla con las previsiones de esta ley, especialmente cuando se difunda a través de los medios de comunicación” (art. 18.1 LGSP).

2º. El ministerio competente en materia de sanidad “pondrá a disposición de los medios de comunicación y otras organizaciones sociales los criterios de buenas prácticas a que se refiere al artículo 16.3, a fin de que alcancen su máxima difusión” (art. 18.2 LGSP)⁵¹.

3º. “Los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad comercial para que se ajuste a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud, así como de recomendaciones públicas sobre la salud” (art. 18.3 LGSP).

4º. “Las administraciones públicas sanitarias contarán con la colaboración de los medios de comunicación para difundir recomendaciones sobre salud pública” (art. 18.4 LGSP).

5º. “Las administraciones públicas que desarrollen acciones en materia de comunicación en salud velarán por que la información esté adaptada social, cultural y lingüísticamente a aquellos sectores de la población destinatarios de la misma” (art. 18.5).

Pocos meses antes de la declaración de la pandemia del coronavirus, en 2018, la OMS hizo pública su *Comunicación de riesgos en emergencias de salud pública. Directrices de la OMS sobre políticas y prácticas para la comunicación de riesgos en emergencias*⁵². La finalidad de estas directrices es proporcionar a los Estados miembros de la OMS e interesados directos involucrados en la preparación y respuesta ante las emergencias⁵³ “orientación actualizada y con un enfoque sistémico basado en la evidencia científica sobre:

51 El citado precepto –relativo a la “promoción de la salud”– dispone que “El Ministerio de Sanidad (...) con participación de las comunidades autónomas establecerá y actualizará criterios de buenas prácticas para las actuaciones de promoción de la salud y fomentará el reconocimiento de la calidad de las actuaciones”.

52 Las directrices han sido elaboradas por el Departamento de Gestión de Peligros Infecciosos (IHM) de la OMS, en colaboración con el Departamento de Comunicaciones. Para su aprobación tuvo lugar un proceso de elaboración iniciado en octubre de 2014 con la creación de un grupo de elaboración de las directrices que fue formulando diferentes recomendaciones (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Comunicación de riesgos en emergencias de salud pública. Directrices de la OMS sobre políticas y prácticas para la comunicación de riesgos en emergencias (CRE)*, OMS, 2018).

53 Como se dice en su “Resumen de orientación”: “Durante las emergencias de salud pública, las personas necesitan saber a qué riesgos sanitarios se enfrentan y qué medidas pueden adoptar para proteger su salud y sus vidas. Si se les facilita pronta y frecuentemente información precisa en un idioma que entiendan y por medio de cauces que les resulten familiares y dignos de confianza, podrán tomar decisiones y defenderse a sí mismas, así como a sus familias y comunidades, contra los peligros sanitarios que puedan estar amenazando su vida y su bienestar”. La “comunicación de riesgos”, como parte integrante de cualquier respuesta de emergencia, “consiste en el intercambio, en tiempo real, de información, consejos y opiniones entre los expertos, los líderes comunitarios, los funcionarios públicos y las personas en situación de riesgo. Tanto en las epidemias y pandemias como en las crisis humanitarias y en los desastres naturales, una comunicación de riesgos eficaz hace posible que los colectivos más expuestos entiendan y adopten las medidas de protección que correspondan.

– enfoques para fomentar la confianza de las comunidades y las poblaciones afectadas y colaborar con ellas;

– enfoques para integrar la comunicación de riesgos dentro de las estructuras nacionales y locales ya existentes de preparación y respuesta ante emergencias, incluida la creación de capacidades específicas de “Comunicación de riesgos en emergencias” (en adelante, CRE), con arreglo a las obligaciones que el Reglamento sanitario internacional (2005) impone a los Estados miembros de la OMS, y

– prácticas de CRE (desde la formulación de estrategias, la planificación, la coordinación, la transmisión de mensajes y el uso de diferentes cauces y métodos de comunicación y participación hasta la labor de seguimiento y evaluación) basadas en una evaluación sistemática de los datos probatorios disponibles sobre lo que resultó eficaz y lo que no durante las últimas emergencias”⁵⁴.

Las directrices van dirigidas a las instancias decisorias y normativas responsables del manejo de emergencias, a los profesionales encargados de la comunicación de riesgos, pero también a la sociedad civil y al sector privado en la medida en que participe en tareas de preparación y respuesta de emergencias.

Las directrices contienen tres tipos de “recomendaciones” que se agrupan en las siguientes categorías:

1ª. “Generación de confianza y colaboración con las poblaciones afectadas”, que, a su vez, cabe desglosar en los siguientes elementos:

- Confianza⁵⁵
- Comunicación de elementos de incertidumbre⁵⁶
- Participación de la comunidad⁵⁷

2ª. “Integración de la CRE en los sistemas de salud y de respuesta en emergencias”, que puede, igualmente, desglosarse en las siguientes ideas:

- Gobernanza y liderazgo⁵⁸
- Sistema de información y coordinación⁵⁹

Al mismo tiempo, permite a las autoridades y a los expertos escuchar y atender las preocupaciones y necesidades de la población, lo que a su vez contribuirá a que los consejos que emitan sean pertinentes, fidedignos y aceptables” (*Ibidem*, p. IX).

54 *Ibidem*, p. X.

55 “Para generar confianza, las intervenciones de comunicación de riesgos deberán estar vinculadas a servicios operativos y accesibles, ser transparentes, realizarse en tiempo oportuno y ser fáciles de comprender, reconocer los elementos de incertidumbre, ir dirigidas a las poblaciones afectadas y propiciar su participación, perseguir la autoeficacia y ser difundidas a través de múltiples plataformas, métodos y cauces” (*Ibidem*, p. XIII).

56 “Las comunicaciones de las autoridades dirigidas a la población deberán incluir información expresa sobre los elementos de incertidumbre asociados a los riesgos, eventos e intervenciones e indicar qué aspectos se conocen y cuáles se desconocen en un determinado momento” (*Ibidem*).

57 “Es fundamental identificar a personas que gozan de la confianza de la comunidad y estrechar lazos con ellas para seguidamente hacerlas participar en el proceso de toma de decisiones, con el fin de asegurar que las intervenciones estén basadas en la colaboración y se adapten al contexto y que la comunidad sienta el proceso de comunicación como propio” (*Ibidem*).

58 “La CRE debería ser una de las funciones estratégicas específicas de los equipos encargados de dirigir la labor de preparación y respuesta a nivel mundial y nacional” (*Ibidem*, p. XIV).

59 De una parte, “Crear y reforzar redes institucionales y organizacionales, aplicando un enfoque multidisciplinario que trascienda los límites geográficos, incluidas las fronteras nacionales cuando proceda” y, de otra parte, “Los sistemas de información y comunicación deberán adaptarse a las necesidades de los usuarios y fomentar la participación de los interesados directos locales para así garantizar el intercambio de información entre los sectores pertinentes” (*Ibidem*, p. XV).

- Creación de capacidad⁶⁰
- Financiación⁶¹

3ª. Prácticas de CRE: con una serie de recomendaciones sobre la “planificación estratégica de la comunicación”, los “instrumentos de seguimiento y evaluación”, las “redes sociales virtuales”⁶² y la “difusión de mensajes”⁶³.

2.4.4 El “Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias” como centro coordinador de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica

El Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (en adelante, CCAES), creado en 2004⁶⁴, es un centro dependiente de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, que tiene como función coordinar la gestión de la información y apoyar en la respuesta ante situaciones de alerta o emergencia sanitaria nacional o internacional; además, es la unidad responsable de la elaboración y el desarrollo de los “planes de preparación y respuesta” para hacer frente a las amenazas públicas. Para cumplir estos fines, se creó en 2012 el “Sistema Nacional de Alerta Precoz y Respuesta Rápida” (SIAPR)⁶⁵.

Más específicamente vamos a desarrollar algunos de sus principales cometidos del CCAES:

1º. Elaboración, desarrollo y mantenimiento de un sistema rápido de detención y comunicación de alertas: a través de una serie de actividades de “inteligencia epidemiológica” (detección de eventos y señales, verificación y análisis), promueve una serie de informes (diarios y mensuales), lleva a cabo evaluaciones rápidas de riesgos y puede proponer las medidas que deban adoptarse. El CCAES centraliza las comunicaciones de alertas procedentes de organismos internacionales (OMS-RSI), de la

60 “Las actividades de preparación y capacitación del personal en CRE deberán organizarse de forma periódica, haciendo hincapié en la coordinación interinstitucional” (*Ibidem*).

61 “La CRE requiere una asignación presupuestaria sostenida y claramente definida que forme parte del presupuesto básico para la preparación y respuesta ante emergencias” (*Ibidem*).

62 Se afirma que “Las redes sociales virtuales pueden constituir un valioso instrumento para promover la participación pública, facilitar la comunicación horizontal, mejorar el conocimiento de la situación, supervisar y rebatir rumores y atender las reacciones y preocupaciones de la población durante una emergencia, así como para facilitar respuestas a nivel local” (*Ibidem*, p. XVII).

63 En cuanto a estos mensajes, se recomienda lo siguiente:
 – “Los riesgos no deberían explicarse en términos técnicos, pues ello no contribuye a promover conductas de mitigación del riesgo”.
 – “Los mensajes deberán ser coherentes y difundirse a través de distintas fuentes de información, y ello desde las primeras etapas de un brote epidémico”.
 – “Los mensajes deberán promover medidas concretas y razonables que las personas puedan aplicar para proteger su salud” (*Ibidem*, p. XVII).

64 Cfr. la Orden SCO/564/2004, de 27 de febrero, por la que se establece el sistema de coordinación de alertas y emergencias de Sanidad y Consumo.

65 El Sistema Nacional de Alerta Precoz y Respuesta Rápida (SIAPR) está formado por una red de centros de enlace autonómicos, coordinados por un Centro de Enlace Nacional, que permite la comunicación permanente y rápida de situaciones de riesgo para la salud de la población con el propósito de mejorar la prevención y la preparación ante situaciones de riesgo para la salud y la coordinación de las medidas de respuesta cuando exista afectación a nivel nacional o internacional. El CCAES actúa como Centro de Enlace Nacional del sistema y es el nodo central que establece acuerdos de colaboración con los nodos centrales de diferentes sistemas y redes de vigilancia y alertas que funcionan en la Administración general del Estado (AGE). El CCAES tiene también la responsabilidad de la coordinación a nivel internacional.

Unión Europea (Comisión, *European Centre for Disease Prevention and Control*–ECDC, *Early Warning Response System*–EWRS), nacionales y de las comunidades autónomas; por tal motivo, ejerce de “Centro Nacional de Enlace” para el “Reglamento Sanitario Internacional” (RSI) de la OMS⁶⁶, así como de punto focal del sistema de alerta precoz y respuesta de la Comisión Europea, de su EWRS.

2º. Dar cumplimiento a los requisitos y obligaciones establecidos en el Reglamento Sanitario Internacional: desarrollar la capacidad necesaria para responder con prontitud y eficacia en todos los niveles, evaluar las capacidades de vigilancia y respuesta, elaborar un plan operativo⁶⁷, comunicar las notificaciones previstas y dar respuesta a las peticiones de información y verificación, etcétera.

3º. Elaborar los “Planes de preparación y respuesta frente a amenazas de salud pública” con el objetivo de minimizar el riesgo para la salud de la población y garantizar una respuesta rápida, adecuada y coordinada de las comunidades autónomas, otros sectores involucrados y otras organizaciones internacionales y de la Unión Europea. Con motivo de la pandemia del virus aviar subtipo H5N1 difundido en el sureste asiático desde finales de 2003, el Gobierno español elaboró un “Plan nacional de preparación y respuesta ante una pandemia de gripe” hecho público en mayo de 2005⁶⁸. Con posterioridad a este plan se estaba trabajando para elaborar un “Plan genérico de preparación y respuesta” pero que todavía no se había aprobado cuando ya estaba declarada la pandemia actual de coronavirus.

4º. Coordinación de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE).

Como señala CORTÉS GARCÍA, al desarrollar el “marco conceptual y estratégico” del CCAES⁶⁹ de acuerdo con los requerimientos del RSI, “hay que adaptar los sistemas de alerta “tradicionales” para hacer frente a los nuevos retos”, con “una estrategia de gestión proactiva del riesgo” (detección y respuesta tempranas), de manera que “si los sistemas de alerta funcionan no habrá crisis”⁷⁰; y hace referencia a uno de los principios del RSI: “el mejor modo de prevenir la diseminación internacional de enfermedades es detectar los riesgos de salud pública de forma precoz y aplicar medidas de respuesta efectivas cuando todavía el problema es limitado”⁷¹. Sobre los planes de

66 Cfr. la Orden SCO/3870/2006, de 15 de diciembre, por la que se designa a la Dirección General de Salud Pública como Centro Nacional de Enlace para el RSI.

67 En febrero de 2012 se constituyó y puso en marcha la “Ponencia de Alertas de Salud Pública y Planes de Preparación y Respuesta” o “Sistema Nacional de Alerta Precoz y Respuesta Rápida” (SIARP), con el objetivo de garantizar la coordinación y operatividad del sistema de alertas de salud pública. Con la creación del SIARP, se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 13.3 de la LGSP: “Con el fin de coordinar los diferentes sistemas de vigilancia, se creará la Red de Vigilancia en Salud Pública, que incluirá entre sus sistemas el de alerta precoz y respuesta rápida. Este sistema tendrá un funcionamiento continuo e ininterrumpido las veinticuatro horas del día. La configuración y funcionamiento de la Red de Vigilancia en Salud Pública serán determinados reglamentariamente”.

68 El texto completo de este “Plan de la pandemia de gripe” de 2005, con su compleja relación de documentos (protocolos, medidas, guías de manejo, etc.), está disponible en la web del Ministerio de Sanidad: <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/enflesiones/enfTransmisibles/pandemia/home.html>.

69 CORTÉS GARCÍA, M., *El Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. Marco conceptual y estratégico*, presentación de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, Madrid, 20 de noviembre de 2012. Acceso web: <https://docplayer.es/34131043-Funciones-del-ccaes-marco-normativo-marta-cortes-garcia-madrid-20-noviembre-2012.html>.

70 *Ibidem*.

71 *Ibidem*.

preparación y respuesta, la misma autora afirma que “la experiencia ha demostrado que la habilidad para responder frente a una alerta o emergencia sanitaria depende del grado de preparación para coordinar la respuesta” y que “el impacto y las pérdidas pueden ser sustancialmente reducidas si las autoridades y los demás sectores implicados en la respuesta están bien preparados y capacitados para el manejo eficiente de una emergencia sanitaria”⁷².

2.4.5 Las relaciones de colaboración con organizaciones científicas y profesionales. Publicidad de los comités de asesoramiento y garantías para su independencia

Por último, en este repaso del complejo y abigarrado sistema de información sanitario interviene otro elemento esencial en el proceso de acopio de información y conocimientos, que es el relativo a la colaboración de las organizaciones científicas y profesionales que, desde fuera de la Administración sanitaria, la asesoran o informan. El artículo 11 de la LGSP, incidiendo de nuevo en el principio de transparencia, establece que: “Las administraciones sanitarias exigirán transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública, incluidas las de formación e investigación, así como a las personas y organizaciones que reciban subvenciones o con las que celebren contratos, convenios, conciertos o cualquier clase de acuerdo”.

De otra parte, el mismo artículo 11 en su párrafo 2º. añade que, a los efectos de la citada colaboración, será pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como los dictámenes y documentos relevantes, salvo las limitaciones previstas por la normativa vigente”. Y, para garantizar la independencia de los expertos, el artículo 11 *in fine* de la LGSP remite al desarrollo reglamentario para la regulación de “los requisitos para la declaración de conflicto de intereses por parte de los expertos y representantes de las organizaciones científicas y profesionales que compongan los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública”.

72 *Ibidem*. Se cita el “Marco de Acción de Hyogo (MAH) 2005-2015” (adoptado por 168 Estados de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial sobre Reducción de los Desastres en Japón en 2005), un instrumento global de referencia para la implementación de la reducción del riesgo de las emergencias y desastres, así como para la elaboración de planes de preparación y respuesta.

3 Desarrollo de la información sanitaria y la transparencia en el estado de alarma⁷³

3.1 Bases jurídicas del “estado de alarma”. Breve referencia a la estructura organizativa para la gestión del COVID-19

Confirmados, en España, el primer infectado por coronavirus (el 31 de enero de 2020, en la isla de La Gomera) y el primer fallecido (el 13 de febrero de 2020, en Valencia), tanto el Gobierno del Estado español como los gobiernos de las comunidades autónomas comenzaron a aprobar sus primeras medidas para la contención de la enfermedad y para la reducción de la movilidad. Hasta el momento presente, desde el comienzo de esta crisis sanitaria han sido varios centenares de normas reglamentarias las aprobadas⁷⁴. Pero fue el 14 de marzo de 2020 cuando el Consejo de Ministros declaró, en virtud del Real decreto 463/2020, “para la gestión de la crisis ocasionada por el COVID-19”, un régimen excepcional –previsto por el artículo 116.2 de la Constitución española– y que tiene anclaje en el artículo 11 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”. El “estado de alarma” fue prorrogado por el Pleno del Congreso de los Diputados hasta seis veces y terminó el 21 de junio de 2020, comenzando el “Plan para la transición hacia la nueva normalidad”⁷⁵.

En el marco de este voluminoso grupo normativo sobre el COVID-19 –que ya ha dado lugar a una gran variedad de comentarios doctrinales⁷⁶–, se han aprobado disposiciones relativas a la actividad de información que es objeto de este trabajo y que serán citadas en los siguientes apartados.

Desde el punto de vista organizativo, para la gestión de la crisis sanitaria, el Real decreto 463/2020 (declaratorio del estado de alarma) atribuyó al Gobierno del Estado

73 Durante el estado de alarma se celebraron diversas reuniones científicas –en la modalidad telemática del *webinar*– algunas de las cuales tuvieron que ver con algunas de las más importantes cuestiones de la información sanitaria del coronavirus. Así, por ejemplo, destaco el *webinar* organizado por el grupo de investigación Regulation and Digital Innovation de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia sobre “APPS de seguimiento, privacidad y transparencia en la crisis del COVID-19”; desarrollado a modo de mesa redonda en el marco del curso titulado “El derecho público ante la crisis del COVID-19”; que tuvo lugar el 8 de mayo de 2020. Por otra parte, con un carácter monográfico el “VII Congreso del Avance del Gobierno Abierto” dedicó su edición de 2020 al tema de la “Transparencia y acceso a la información en tiempos de Covid-19”; el *webinar*, organizado por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, se desarrolló los días 13, 19 y 21 de mayo de 2020; en cada una de las sesiones –a modo de mesas redondas con la participación de varios expertos en cada una de ellas– se trataron las siguientes cuestiones: “El derecho a saber y su reivindicación en tiempos de coronavirus”, “Covid, transparencia activa, contratación y gasto público y derecho de acceso” y “Los límites al derecho de acceso”.

74 Cuando escribimos estas líneas estamos a principios del mes de julio de 2020. Cfr. los “Códigos electrónicos” que sobre el “COVID-19 están disponibles gratuitamente en la página web del BOE y, en particular, el relativo al “Derecho Europeo, Estatal y Autonómico” con más de 1.700 páginas.

75 Este plan contempla 4 fases de “desescalada”, la 0, I, II y III, en cada una de las cuales se han ido levantando y flexibilizando las limitaciones y condiciones impuestas por el RD 463/2020.

76 Hasta el momento presente, por lo que se refiere a la doctrina de derecho público, destacamos el número monográfico sobre “El Coronavirus y otros problemas”, de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 87-88, 2020; y los libros colectivos: *COVID-19 y Derecho Público (durante el Estado de Alarma y más allá)*, dirigido por D.V. BLANQUER CRIADO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; y *Lecciones jurídicas para la lucha contra la pandemia*, dirigido por ÁLVAREZ GARCÍA y otros, Iustel, Madrid, 2020.

las funciones de “autoridad competente”, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, pero asignando también la función de “autoridades competentes delegadas” a los ministros de Defensa, del Interior, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y de Sanidad⁷⁷. Bajo la denominación de “Comité de Gestión Técnica del Coronavirus” –a modo de “Comité de Crisis”– se reúnen representantes de diferentes organismos de los ministerios antes citados: el director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias del Ministerio de Sanidad, un directivo de la Policía Nacional, un directivo de la Guardia Civil, la secretaria general del Ministerio de Transportes y el jefe del Estado Mayor de la Defensa.

3.2 Trabas iniciales a la transparencia y suspensión de plazos procesales y administrativos

Como ya destacamos en el apartado 2 de este trabajo, el principio de transparencia constituye no solo una obligación general en la actividad desplegada por las administraciones públicas, poderes públicos y otras entidades de acuerdo con previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sino también un principio orientador de las acciones en materia de salud pública (cfr. artículo 3.f) LGSP).

Una de las consecuencias de la declaración del estado de alarma fue la suspensión de “términos” e interrupción de los plazos para la tramitación de procesos judiciales y procedimientos administrativos, en virtud de las disposiciones adicionales 2ª y 3ª.⁷⁸ del RD 463/2020, respectivamente, hasta la derogación de estas suspensiones –con efectos del 4 de junio de 2020– por la disposición derogatoria 1ª del Real decreto 537/2020, de 22 de mayo. Tal suspensión afectaba, entre otros muchos procedimientos, a los de acceso a la información previstos en la citada Ley 19/2013 y también a las obligaciones de información de publicidad activa⁷⁹.

Los medios de comunicación dieron cuenta de esta circunstancia y de sus dificultades para acceder a la información sobre la gestión de la pandemia, y la doctrina reaccionó inmediatamente criticando duramente esta situación⁸⁰. Así, el profesor MESTRE DELGADO, tras analizar la regulación que sustenta el “estado de alarma”, llega a la conclusión de que, por efecto del RD 463/2020, se ha suspendido o paralizado

77 Cfr. artículo 4 del Real decreto 463/2020. El mismo artículo 4, en su apartado 4, dispone que “durante la vigencia del estado de alarma” se activará el “Comité de Situación” previsto en la disposición adicional primera de la Ley 36/2015, de seguridad nacional.

78 Esta disposición 3ª. establecía: “1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo. 2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (...)”.

79 Tal efecto suspensivo apareció en el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado en una “Nota en relación con el funcionamiento del portal de la transparencia durante el estado de alarma” (17 de abril de 2020).

80 Así, por ejemplo, los trabajos de MESTRE DELGADO, J.F., “La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID-19)”; *Boletín Informativo del INAP La Administración al día*, 29 de marzo de 2020; y de IBAÑEZ GARCÍA, I., “La lucha por la transparencia durante el Estado de Alarma”; *Diario La Ley*, n. 9646, 2020. También las colaboraciones en blogs jurídicos: CHAVES GARCÍA, J.R., “La transparencia amordazada”; *Blog de la Justicia*, de 15 de mayo de 2020; y GARCÍA, A. “La transparencia se resiente en tiempos de coronavirus”; *Blog Jurídico de Expansión Hay Derecho*, 18 de abril de 2020.

la eficacia de los derechos derivados de la Ley de transparencia, lo cual entiende que no está justificado –“no parece que la limitación sobre el derecho de acceso a la información encuentre justificación objetiva y razonable alguna, en términos distintos a los límites establecidos con carácter general en la regulación del derecho de acceso (arts. 105.b CE y 14 de la Ley 19/2013)”– y es una medida desproporcionada⁸¹; “la declaración del estado de alarma ni enmienda ni altera la regla general (incluidas las excepciones o matizaciones que contempla la ley y la jurisprudencia, europea e interna), ni respaldaría una suerte de opacidad, ni definitiva ni transitoria, en el proceso de toma de decisiones”⁸². El magistrado CHAVES subraya, por su parte, que “no debe olvidarse que la transparencia no solo sirve al control, sino para mejorar la gestión, pues conocer permite aplaudir, sugerir y actuar en consecuencia”⁸³.

La organización no gubernamental Transparencia Internacional publicó en mayo de 2020 un informe sobre “Transparencia y publicidad activa: COVID-19 y el estado de alarma en España”, manifestando su preocupación por la suspensión del funcionamiento de los portales de transparencia como consecuencia de las disposiciones del RD 463/2020 y formulando una serie de recomendaciones para la transparencia y prevención de la corrupción en los sectores público y privado⁸⁴. En todo caso, pone de manifiesto la importancia de que “la información pública esté disponible en tiempo real y de que esté contrastada, jerarquizada y evaluada para que la ciudadanía y los distintos grupos de interés puedan acceder de forma sencilla y clara a su contenido”.

3.3 El acceso a la información sanitaria y transparencia

En su balance crítico sobre cómo se ha gestionado la información y la transparencia en la crisis sanitaria del COVID-19 por parte de la Administración general del Estado, BELTRÁN AGUIRRE comienza poniendo de manifiesto la incidencia de las leyes –es-tatal y autonómica– de transparencia en nuestro ordenamiento jurídico para configurar el derecho a saber de la ciudadanía y que, aplicado a la crisis del coronavirus, implica que esta tenga “un conocimiento claro y comprensible del riesgo que el virus supone para la salud individual y comunitaria, así como las eventuales medidas que las autoridades públicas instrumenten para afrontarlo”⁸⁵. La obligación de las admi-

81 MESTRE DELGADO, J.F., “La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID-19)”, cit. y *loc. cit.* Añade en su escrito que: “salvo en lo que se incluya en el plano de la publicidad activa (esto es, lo que cada Administración considere oportuno), ni su control ni lo que comprende el derecho de acceso (la solicitud, la obligación de contestar, la tramitación de reclamaciones y recursos) ha quedado suspendido o paralizado” (*Ibidem*).

82 El profesor MESTRE DELGADO recuerda la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril (en el asunto de los “controladores”), que, “a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración de estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *a contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”.

83 CHAVES GARCÍA, J.R., “La transparencia amordazada”, cit.

84 Sobre las recomendaciones al Gobierno, destacamos las siguientes: 1ª. Informar con claridad y accesibilidad sobre la situación de estado de alarma y COVID-19 en el “Portal de transparencia”. 2ª. Publicar de forma clara la composición y designación de los miembros del “Comité de Expertos” formado para el asesoramiento del Gobierno en la toma de decisiones. 3ª. Detallar de manera clara y específica la metodología utilizada para la obtención de datos relevantes en la gestión del COVID-19.

85 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítica”, *Derecho y Salud*, vol. 30, n. 1, enero-junio de 2020, p. 81. El trabajo está fechado –como fecha de envío– el 30 de abril de 2020.

nistraciones sanitarias de proporcionar –como ya vimos, en virtud de la LGSP– una “información completa, veraz, sencilla y comprensible” es, como señala el mismo autor, “posible y viable gracias a la avanzada implantación de la Administración electrónica”, y ello tanto desde la perspectiva de la “publicidad activa” como para el acceso de los interesados a la información pública, que son las dos caras de la moneda de la transparencia⁸⁶.

Relacionado con la “publicidad activa” que exige la transparencia informativa en materia sanitaria, hay un aspecto muy relevante en la gestión de la crisis sanitaria que es su “comunicación pública” y al que, por su relevancia, le dedicamos un tratamiento particular en el siguiente apartado. No obstante, siguiendo a BELTRÁN AGUIRRE, cabe destacar en la información sanitaria del COVID-19 varios supuestos en que, claramente, la Administración general del Estado ha fallado en su transparencia y en el deber de la información pública:

1º. Sobre la información estadística –relativa a los contagiados, ingresados en UCI y fallecidos–, que, “aunque abundante, ha sido muy inexacta”⁸⁷. Para esta información estadística –que compete aportar tanto al Ministerio de Sanidad como a las administraciones autonómicas– se dictó la Orden SND/243/2020, de 15 de marzo, sin clarificar la forma de contabilizar los datos, lo que “condujo a que las administraciones autonómicas remitieran datos heterogéneos y asimétricos”⁸⁸. Ante estas deficiencias en la información estadística del COVID-19, la orden citada fue modificada por las Órdenes SND/267/2020, de 20 de marzo, y SND/352/2020, de 16 de abril, precisando una serie de instrucciones sobre la información de los casos (hospitalizaciones, altas, fallecidos, etc.) que diferían de los sistemas de cómputo catalán y madrileño; además, se dictaron, sobre las residencias de ancianos y los centros de servicios sociales, las Órdenes SND/2020/2020, de 19 de marzo, y SND/275/2020, de 23 de marzo. “Estos bandazos –afirma BELTRÁN AGUIRRE– en los criterios para el cómputo de los casos evidencian que el sistema sanitario no disponía de un protocolo con criterios claros y homogéneos para el cómputo de casos”⁸⁹.

2º. Un caso de “ocultación de información” sobre la identificación de los expertos nombrados por el Ministerio de Sanidad (el llamado “Comité de los Doce Expertos”) para asesorar en el proceso de vuelta a la nueva normalidad, en contra de la obligación impuesta expresamente por el artículo 11 de la LGSP de publicar “la composición

86 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, pp. 81-82. Añade –siguiendo un trabajo de la profesora DE LA SIERRA– que tales garantías de transparencia permiten, de una parte, “el control de la acción pública” y, de otra parte, la “adopción responsable de decisiones individuales” y de los organismos públicos.

87 *Ibidem*, p. 83.

88 *Ibidem*.

89 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, p. 84. Y apostilla el autor que estos fallos se han dado “a pesar de que la Ley general de salud pública ya ofrecía pautas suficientes para una homogeneización en la recogida de datos, así como para la coordinación entre las administraciones sanitarias autonómicas y la estatal” (*Ibidem*). Concluye afirmando que: “puede admitirse la incertidumbre respecto de las características del virus (...) pero es inadmisibles que haya incertidumbre o falta de criterio respecto a la forma de computar y medir los datos para hacer estadísticas y tablas sobre la incidencia del COVID-19” (*Ibidem*, p. 84).

de los comités y grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública”⁹⁰. También en esta dirección se mueve la publicación del “Plan para la transición hacia una nueva normalidad”, aprobado el 28 de abril de 2020 –que pone en marcha la “desescalada” respecto de las medidas más duras del confinamiento en cada provincia y en las comunidades autónomas–, al no permitir la publicación de los informes del referido comité sobre el “cuadro de criterios para el cambio de fase”⁹¹.

3º. Sobre las ruedas de prensa del Gobierno de la nación, mediante comparecencia telemática en la que los periodistas tenían que enviar previamente las preguntas, no podrían preguntar ni repreguntar en directo durante la videoconferencia organizada al respecto⁹². Esta práctica ha sido denunciada por una plataforma de profesionales de la información en un manifiesto bajo el lema “la libertad de preguntar”, poniendo de manifiesto que “en situación de crisis el derecho a la información es más importante que nunca” y que las “dificultades técnicas” alegadas por la Secretaría de Estado de Comunicación para que las ruedas de prensa fueran más abiertas “no son más que excusas”⁹³. En todo caso se recuerda que la declaración del estado de alarma no supone una merma en la aplicación de los derechos informativos reconocidos en el artículo 20 de la CE.

4º. Sobre la contratación pública, que ha sido, durante la vigencia del estado de alarma, un “claro foco de opacidad”, en particular sobre los contratos públicos realizados para afrontar la emergencia sanitaria, negándose el Ministerio de Sanidad a proporcionar información sobre ellos⁹⁴, una práctica que era contraria a lo previsto sobre los deberes de publicidad en la Ley de contratos del sector público⁹⁵.

Con relación al ejercicio del derecho de acceso a la información pública –disponible en virtud de la Ley de transparencia y acceso a la información pública–, BELTRÁN AGUIRRE criticó también la suspensión operada en los plazos administrativos por la disposición adicional 3ª. del RD 463/2020, que, como sabemos, estuvo vigente hasta su derogación por el RD 537/2020 con efectos de 4 de junio. Este autor explicaba que “las solicitudes de acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la situación de la crisis sanitaria formuladas por los ciudadanos, periodistas, investigadores, etc. (...) no se compadecen nada bien con la urgencia en obtener la información a fin de

90 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, p. 83. El autor añade que tal omisión informativa incumple también lo previsto en el artículo 15.2 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

91 *Ibidem*, p. 86.

92 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, p. 85.

93 *Id.* el texto íntegro del manifiesto en: <https://s1.eestatic.com/2020/04/01/espana/1585683681-lalibertaddepreguntar.pdf>.

94 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, pp. 84 y 86. De una nota informativa de 17 de abril de 2020 de la Dirección General de Gobernanza Pública, se deducía que durante el periodo de vigencia del estado de alarma no se publicarían en el Portal de Transparencia del Estado los contratos públicos tramitados por el procedimiento de emergencia.

95 Como señala BELTRÁN AGUIRRE, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 19 de marzo de 2020 publicó una nota informativa recordando la necesidad de ajustarse a lo previsto en los artículos 151.1 y 154.1 de la LCSP en el caso de los contratos tramitados por vía de emergencia; y la propia Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, viene a reforzar tal obligación (cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, p. 85).

adquirir conocimiento con el que hacer frente al virus”; “la suspensión de los plazos administrativos no impide que las administraciones públicas en los supuestos que consideren de interés atiendan solicitudes y continúen tramitando los procedimientos resolviéndolos en plazo, entre ellos las solicitudes de acceso a la información pública relacionadas con la situación de crisis sanitaria”⁹⁶.

Concluye su crítico estudio BELTRÁN AGUIRRE, sobre la base de la experiencia que se adquiera en esta crisis y de cara a futuras crisis, en la necesidad de “estar mejor preparados técnicamente y para protocolizar cauces correctos e idóneos de transmisión de la información veraz, suficiente y comprensible” y de profundización en la “cultura de la transparencia”, tanto por parte de los políticos y de las administraciones públicas como de los medios de información y de la ciudadanía en general⁹⁷. Y, desde el punto de vista jurídico, reclama el desarrollo pleno de la Ley general de salud pública y el papel que debe desarrollar el “Sistema Nacional de Salud” para la cohesión del sistema, además de la creación de un organismo (Centro Estatal de Salud Pública) como “centro científico-técnico de apoyo a las políticas de salud y al Sistema Nacional de Salud Pública” que funcione en red con los centros correspondientes de las comunidades autónomas⁹⁸.

Por su parte, el profesor PRESNO LINERA, en su colaboración relativa a “la emisión y recepción de la información”⁹⁹ –en su serie de comentarios sobre “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales”–, ante los deberes de información sanitaria por parte de las administraciones sanitarias y los correlativos derechos de los ciudadanos a ser informados (cfr. arts. 3.f) y 4 de la LGSP), se plantea en el caso de España la controversia de “si se facilitó información suficiente en las fases iniciales de expansión del coronavirus”, teniendo en cuenta, además, que la propia LGSP considera como “sanción muy grave” “la realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población”. “¿Se informó en cada momento según lo que, racionalmente, se sabía entonces o hubo omisión de información que, como mínimo, se debía conocer? La respuesta clave es saber si hubo un comportamiento correcto o incorrecto de las administraciones competentes”¹⁰⁰. El mismo autor subraya cómo el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020 (de declaración del estado de alarma), estableció en su artículo 19 la obligación de “la inserción de mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades competentes

Regap



ESTUDIOS

96 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, pp. 87 y 88. Cita el artículo de opinión de la subdirectora general de Reclamaciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, cuyo título resulta suficientemente expresivo: “Crisis sanitaria, no crisis en transparencia” (publicado en la web de dicho consejo). También señala el autor que, por el contrario, otras administraciones (Castilla y León, Castilla-La Mancha, Navarra, Galicia, etc.) decidieron seguir tramitando las solicitudes de acceso a la información pública.

97 Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, cit. y *loc. cit.*, pp. 88 y 89.

98 *Ibidem*, p. 89. También se reclama la mejora de las dotaciones presupuestarias destinadas a la salud pública.

99 Cfr. PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (3): la emisión y recepción de información”, *blog “Del derecho y el revés”*, 31 de marzo de 2020. Acceso web: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/31/coronavirus-sars-cov-2-y-derechosfundamentales-3-la-emision-y-recepcion-de-informacion/>.

100 *Ibidem*.

delegadas, así como las administraciones públicas autonómicas y locales, consideren necesario emitir”¹⁰¹.

Para resolver tal controversia, se afirma, citando a DOMENECH PASCUAL, que: “los daños sufridos por los ciudadanos con ocasión de la crisis del COVID-19 que las administraciones hubieran podido prevenir adoptando ciertas medidas de precaución solo serán indemnizables si la omisión de estas puede considerarse culposa por suponer una infracción del deber de llevar el cuidado exigible”¹⁰². En definitiva, PRESNO LINERA, apoyándose en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analiza el concepto de “información veraz” (diferenciándola de la libertad de expresión), en el que resulta clave el cumplimiento de un estándar de diligencia y el requisito de la buena fe por parte de los que ejercen la versión activa del derecho a la información¹⁰³ y que en el caso de las administraciones públicas habrá que analizar –y probar– en cada caso concreto¹⁰⁴.

3.4 Una comunicación pública de la crisis sanitaria manifiestamente mejorable

Ya vimos en el apartado II, 4, C la importancia de establecer una adecuada “comunicación de la crisis” –o “comunicación del riesgo”¹⁰⁵– que en un caso como el de la pandemia del coronavirus resulta vital para informar a la ciudadanía sobre el estado de la cuestión en cada momento¹⁰⁶. El protagonismo de la comunicación ha corres-

101 Además, se recuerda que la actividad de los medios de comunicación se consideró “esencial” a los efectos de facilitar la movilidad de sus profesionales de acuerdo con lo previsto en el n. 11 del anexo del Real decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, sobre medidas para reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

102 DOMENECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. extraordinario, marzo-abril de 2020, pp. 102 y ss.

103 Cfr. PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (3): la emisión y recepción de información”, cit. y *loc. cit.*

104 También PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (19) el acceso a la información pública disponible”, *Blog “Del derecho y el revés”*, 17 de mayo de 2020, plantea en otro de sus comentarios la posible aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría de 8 de noviembre de 2016, en relación con la información pública sobre el coronavirus que está en manos de los poderes públicos, en el sentido de que los poderes públicos deben facilitar el acceso a la información pública de interés público, debiendo estar disponible y suficientemente concretada en cuanto a los documentos en que se contiene aquella. Y todo ello máxime cuando en la normativa española se exige transparencia en la información sanitaria (cfr. arts. 3.h) y 4 de la LGSP).

105 Como señala, citando a RIORDA, H. PRIOR, la “comunicación del riesgo” es “aquella comunicación dirigida a la modificación de un hábito, frente a un riesgo real o potencial que se da o puede darse”, en el ámbito de la salud, la comunicación del riesgo implica la elaboración de campañas de comunicación pública destinadas a alertar e informar a los ciudadanos de los riesgos sanitarios. El objetivo es modificar comportamientos, reducir amenazas y producir percepción y valoración del riesgo para modificar situaciones que pueden evitarse. En la actualidad, la comunicación del riesgo asume un enfoque participativo que incluye al público como agente colaborador” (PRIOR, H., “Comunicación pública del riesgo en tiempos de pandemia: respuestas de Portugal a la Covid-19”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020, p. 8).

106 En el panorama internacional una personalidad que ha adquirido un gran prestigio en la tarea de comunicación sobre el COVID-19 ha sido el Dr. Anthony FAUCI, director del Instituto Nacional de Enfermedades Infecciosas y Alérgicas (NIAID) de los Estados Unidos. Ha sido destacado por su confiabilidad y su capacidad de explicar lo complejo de forma simple y sintética. Según J. McLEOD, en su trabajo titulado “Cinco lecciones de comunicación del Dr. A. FAUCI”, la capacidad comunicacional del citado doctor se basa en cinco pilares: tiene credibilidad, simpleza, conecta con los jóvenes, comunica una presencia calmada y se mantiene con el mensaje; además, el formato de sus entrevistas se mueve en cuatro ejes fundamentales: “esto es lo que sabemos en función de los datos actuales”, “esto es lo que muestran los modelos”, “esto es lo que no sabemos y debemos descubrir” y “esto es lo que el público debe hacer” (cfr. la colaboración periodística de ROMERO, G.V., “El virus de la desinformación”, *INFOBAE*, 28 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.infobae.com/america/opinion/2020/04/28/el-virus-de-la-desinformacion/>).

pondido en el caso del Gobierno español a los portavoces del “Comité de Gestión Técnica del Coronavirus” –presidido por el presidente del Gobierno y compuesto, como sabemos, por cargos de los cuatro ministerios representados (el de Defensa; el del Interior; el de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; y el de Sanidad)–, si bien el mayor peso de esta función ha estado en el director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias (CCAEE) a través de ruedas de prensa casi diariamente desde la declaración del estado de alarma.

Con relación a la política y práctica de comunicación de la crisis sanitaria relativa al COVID-19, fueron publicados hasta el momento en que escribimos estas líneas (noviembre de 2020) muchos comentarios y opiniones por expertos en comunicación pública¹⁰⁷. En las estrategias de comunicación de la crisis suelen distinguirse varias fases o etapas: “precrisis”, “crisis” y “cierre de la crisis”¹⁰⁸. La primera –también llamada “de latencia”– suele estar orientada “a las simulaciones, la preparación y la prevención de la crisis”, en la que la tendencia de los gobiernos es a “minimizar el alcance o gravedad de la crisis”; en la segunda fase –o de “desarrollo” y “explosión”– según CRESPO y GARRIDO, se han dado, en el caso de España, varios problemas de comunicación relacionados con “los portavoces de la crisis” –un sistema más bien “coral” frente a la deseable portavocía única–, con el papel de los expertos (con fallos por parte del epidemiólogo “oficial”, restándole credibilidad), con el control de las ruedas de prensa telemáticas (con las trabas a las preguntas y repreguntas ya aludidas) y con la suspensión de la actividad parlamentaria que ha restado la función de control al Gobierno¹⁰⁹.

Con carácter general, en momentos de incertidumbre, la comunicación gubernamental de la crisis requiere liderazgo y una serie de notas que ponen en juego la reputación de un Gobierno¹¹⁰. La profesora CANEL, analizando la calidad de la gestión de la crisis del COVID-19 en España, señala cinco factores sobre las valoraciones –más bien negativas– que se han realizado por parte de la opinión pública: la “(des)poli-tización” o no de la información gubernamental, la “visibilidad” o no de los líderes,

107 A modo de ejemplo, citamos los trabajos contenidos en la publicación promovida por la Cátedra IDEOGRAMA-Universidad Pompeu Fabra de Comunicación Política y Democracia –bajo la dirección de A. GUTIÉRREZ-RUBÍ y C. PONT SORRIBES– bajo el título: *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Barcelona, abril de 2020. Acceso web: <https://www.upf.edu/documents/220602201/233560922/Definitiu+Comunicación+Coronavirus/1c1d3def-34ae-fe5d-0019-ef40c936b0e3>. También cabe destacar la edición especial del magazine *Más Poder Local*, titulado “La comunicación política en tiempos de pandemia: el impacto del COVID-19”, n. 41, abril de 2020. Además, el trabajo de COSTA-SÁNCHEZ, C. y LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, *El profesional de la información*, vol. 29, n. 3, 2020, pp. 290-304.

108 Cfr. el trabajo de CRESPO, I. y GARRIDO, A., “La pandemia del coronavirus: estrategias de comunicación de la crisis”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020, pp. 12-19. Por su parte, COSTA-SÁNCHEZ, C. y LÓPEZ-GARCÍA, X., citando a REYNOLDS y a SEEGER, distinguen cinco etapas en la comunicación del riesgo: “precrisis”, “evento inicial”, “mantenimiento”, “resolución” y “evaluación” (COSTA-SÁNCHEZ, C. y LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, cit. y loc. cit., p. 4).

109 *Ibidem*, pp. 14-17. Los autores añaden que, a diferencia de otros países, “no se ha producido un completo alineamiento de las fuerzas políticas detrás del Gobierno” (*Ibidem*, p. 17).

110 X. PEYTI resume en diez notas la buena comunicación institucional: “liderazgo comunicativo político”, “ser rápido y no dejar de comunicar”, “decir la verdad”, “comparencias diarias”, “tener un buen portavoz”, “mejorar cada día”, “diferentes tipologías de contenidos online”, “tener un relato”, “generar percepciones memorables” e “ir por delante” (“En momentos de incertidumbre, es la hora de los Gobiernos: 10 necesidades en comunicación de crisis”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020, pp. 10-17).

la competencia o incompetencia profesional, la “integridad” personal o falta de ella, y la “coherencia” o incoherencia entre los hechos y los mensajes¹¹¹.

Por su parte, COSTA-SÁNCHEZ y LÓPEZ-GARCÍA, analizando la “comunicación institucional” sobre el COVID-19 en España, señalan lo siguiente:

– “Se incumplieron aspectos relativos a la preparación de la comunidad para el escenario más negativo”¹¹².

– “Se sobreprotegió con un mensaje de calma en etapas iniciales, que supuso luego un choque con la realidad y con la nueva comunicación efectuada”¹¹³.

– “La fórmula de portavocía aplicada” – “por la elevada cantidad de voces” – resulta contraria a las recomendaciones de comunicación de riesgos y de crisis”¹¹⁴.

– “La sobreexposición del discurso institucional no se correlaciona necesariamente con la sensación de una mayor transparencia”¹¹⁵.

– “La poca profundización en los datos facilitados (...) y su grado de adecuación a la realidad”¹¹⁶.

Los mismos autores subrayan que “existe una enorme responsabilidad en la comunicación con la ciudadanía en una situación como la presente en todos los actores del sistema comunicativo (...)”¹¹⁷ pero, en relación con los “actores institucionales”, estos “afroitan el reto de la transparencia, la coherencia, el entendimiento con los distintos *stakeholders*, el liderazgo y la divulgación”¹¹⁸. En todo caso, concluyen COSTA-SÁNCHEZ y LÓPEZ-GARCÍA, “la gestión de la comunicación e información a la sociedad debe tomar nota de las lecciones aprendidas en situaciones previas y planificar y entrenar el afrontamiento de la crisis de salud pública para garantizar que, en nuevos escenarios, haya una respuesta comunicativa preparada y fundamentada en el conocimiento adquirido”, y todo ello orientado bajo la “necesaria cultura de la prevención”¹¹⁹.

111 Cfr. CANEL, M.J., “Cinco factores en los que Sánchez se juega la nota del examen Covid-19”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020, pp. 34-38.

112 COSTA-SÁNCHEZ, C. y LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, cit. y loc. cit., p. 10.

113 *Ibidem*, y añaden, “De la calma a la tempestad, sin preparación para una transición más gradual. Es ya bajo la tempestad cuando se activan los mensajes de alerta, de responsabilidad individual y colectiva o de autoeficacia” (*Ibidem*).

114 *Ibidem*, se añade al respecto: “una portavocía técnica e institucional multiplicada (...) multiplica los riesgos de contradicción del mensaje y copa todo el espacio mediático, lo satura, abriendo para la ciudadanía un escenario de atención y de tensión permanente” (*Ibidem*).

115 *Ibidem*, además, se resalta la “crítica corporativa de los periodistas al sistema de preguntas” (*Ibidem*).

116 *Ibidem*, y se concluye que “la incertidumbre no debe estar reñida con la transparencia” (*Ibidem*).

117 Cfr. COSTA-SÁNCHEZ, C. y LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, cit. y loc. cit. p. 11.

118 *Ibidem*.

119 *Ibidem*, sobre esta referencia a la “cultura de la prevención”, los autores citan las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud de 2015 en el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030. Entre las “prioridades de acción” dicho marco recoge las siguientes: 1ª. Comprender el riesgo de los desastres. 2ª. Fortalecer la gobernanza del riesgo de desastres para gestionar dicho riesgo. 3ª. Invertir la reducción del riesgo de desastres para la resiliencia. 4ª. Aumentar la preparación para casos de desastre a fin de dar una respuesta eficaz y para “reconstruir mejor”, en los ámbitos de recuperación, la rehabilitación y la reconstrucción.

3.5 Lucha contra la desinformación sanitaria e “infodemia” y la protección de las libertades informativas¹²⁰

3.5.1 Desinformación, “infodemia” y *fake news* sobre COVID-19. Iniciativas desde la OMS y la Unión Europea

Una tarea particularmente importante en la gestión de la crisis del coronavirus ha sido y está siendo la lucha contra la desinformación que se refleja en las denominadas *fake news* o bulos, en todo lo relativo a la crisis sanitaria, máxime cuando esta conlleva muchas incertidumbres de carácter científico y técnico-sanitario. Desde hace una década, la “lucha contra la desinformación” es objeto de estudio y control por los gobiernos hasta el punto de constituir una nueva política¹²¹. No en vano, el término de la “pos-verdad” se ha puesto de moda muy vinculado a los nuevos medios de comunicación –las redes sociales– y a su gran potencial para la difusión “viral” de noticias falsas¹²². Como en el caso del COVID-19 (en el momento presente), se ha dicho también que no hay vacuna contra el pernicioso virus de las *fake news*, que, además, brotan y rebrotan e incluso mutan en muy variadas cepas de desinformación. Una nueva enfermedad que se denomina “infodemia” y que consiste en una sobreabundancia y sobreexposición de información es un terreno abonado para todo tipo de bulos, falsedades y “teorías conspiranoicas” que pueden generar confusión e incluso pánico en la opinión pública.

Además de la desinformación, las políticas de comunicación sanitaria deben luchar contra otro problema: la “infodemia”, término usado ahora por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con la captación del vasto volumen de noticias e información sobre el COVID-19 y la ambigüedad, la incertidumbre y, a veces, el carácter engañoso, la baja calidad o directamente la naturaleza falsa de una parte de ese material informativo¹²³. También en las Naciones Unidas, la UNESCO ha identificado las modalidades y los supuestos de desinformación¹²⁴, que, según el secretario general

120 Cfr. mi colaboración sobre “El COVID-19, información sanitaria y «*fake news*»”, *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, n. 18, 2020, pp. 202-201.

121 Cfr. el reciente estudio de MUÑOZ MACHADO, J., “Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de Internet”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, pp. 122 y ss. También mi trabajo: “Corrupción y sistema democrático: libertades informativas y lucha contra la desinformación”, *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 183-217.

122 Cfr. el ensayo de McINTYRE, L.C., *Posverdad*, Cátedra, Madrid, 2018.

123 Cfr. la colaboración de los profesores KLEIS NIELSEN, R. y FLETCHER, R., *Navegando la «infodemia»: así consume y califica las noticias y la información sobre coronavirus la gente en seis países*, Reuters Institute, Universidad de Oxford, 2020. Acceso web: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/navegando-la-infodemia-asi-consume-noticias-e-informaciones-sobre-coronavirus-espana-argentina-otros-paises>. También, la opinión de COLOMINA, C., “Coronavirus: infodemia y desinformación”, *CIDOB-Opinión* 613, marzo de 2020.

124 Cfr. los Informes de 2020: DISINFODEMIC: Deciphering COVID-19 disinformation and DISINFODEMIC: Dissecting responses to COVID-19 disinformation, citados por D. CORRAL HERNÁNDEZ en su trabajo titulado: “La huella del coronavirus en los medios de comunicación”, *bie3: Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 18, 2020. En dichos estudios de la UNESCO se distinguen cuatro tipos de formatos en los que la desinformación se aprovecha de la crisis sanitaria: 1º. “La construcción de narrativas emotivas y memes que mezclan algún elemento de verdad con mentiras, opiniones personales e información incompleta...”. 2º. “La creación de sitios web falsos de instituciones y autoridades que contienen información de fuentes falsas o manipuladas”. 3º. “La difusión de videos fraudulentos bien porque han sido alterados, fabricados *ad hoc* o descontextualizados, para desacreditar algo a alguien” (se llama *deepfake*). 4º. “Trolls infiltrados en comunidades para

de la ONU, son un “veneno que está poniendo en peligro aún más vidas” y constituye otro “nuevo enemigo de la humanidad”.

En la lucha contra la desinformación sanitaria, se han desarrollado desde el inicio de la crisis del COVID-19 muchas iniciativas de carácter público y privado, empezando por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que mantiene en una página web un apartado de “consejos para la población acerca de los rumores sobre el nuevo coronavirus”¹²⁵. Por su parte, la Unión Europea que desde 2015 viene desarrollando una vigorosa estrategia –y un “plan de trabajo”¹²⁶– contra la desinformación y con la puesta en marcha de un Grupo de Trabajo; en relación con el coronavirus, dicho Grupo de Trabajo desarrolla en su página web (“EUvsDiSiNFO”) abundante información sobre el “coronavirus” y para detectar los posibles bulos y prácticas de desinformación¹²⁷.

Es significativo que, con motivo de la pandemia, ante la llamada de la OMS para evitar que se propaguen informaciones erróneas y de contenido dañino, la gigante empresa Facebook se haya comprometido a reprogramar sus aplicaciones (Instagram, WhatsApp, Messenger, etc.) para facilitar el acceso a alertas de salud de la OMS, colaborar en el reforzamiento de la “Red Internacional de Verificación de Datos” (*International Fact-Checking Network*, IFCN) y, entre otras medidas, la controvertida medida de limitar en WhatsApp la cantidad de veces que se pueden reenviar mensajes para reducir la propagación de mensajes virales¹²⁸. Con anterioridad, en la Unión Europea, tanto Facebook como Google, Twitter y Mozilla firmaron en septiembre de 2018 el “Código de buenas prácticas de la Unión Europea” contra la desinformación.

3.5.2 El caso de España: seguridad nacional, desinformación y libertad de expresión

En el caso de España, en el marco de la “Estrategia de Seguridad Nacional” de 2017 (que desarrolla lo previsto en el artículo 4.3 de la Ley 36/2015, de seguridad nacional), se contempla la “desinformación” como una de las amenazas y desafíos más importantes para la seguridad nacional. Fruto de esta estrategia, en junio de 2019 se puso en marcha,

extender la desinformación y campañas masivas de delitos informáticos, como el *phishing* o la suplantación de la identidad” (*ibidem*, p. 7).

125 Cfr. la página web disponible en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novelcoronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters>.

126 Este grupo de trabajo, denominado EastStratCom, es dependiente del Servicio Europeo de Acción Exterior. Hasta el momento actual son muchas las iniciativas desarrolladas en la Unión en esta materia (promoción de informes de expertos por la Comisión Europea, resoluciones del Parlamento Europeo, aprobación del “Código de buenas prácticas contra la desinformación”, etc.) que culminaron con un “Plan de acción contra la desinformación” publicado a finales de 2018. Cfr. El documento JOIN(2018) 36 final, de 5 de diciembre de 2018. En este plan se propone aumentar los recursos para frenar la avalancha de la información, desarrollar una “respuesta coordinada” entre los países miembros, exigir el cumplimiento del referido “Código de buenas prácticas” por parte de las plataformas que ofrecen información en línea, y la creación de “grupos de verificación y contraste de datos” (*fact-checkers*).

127 Cfr. su web “EUvsDiSiNFO”: <https://euvsdisinfo.eu>. En particular, sobre el “coronavirus” cfr. el link: <https://euvsdisinfo.eu/disinformation-cases/?text=coronavirus>.

128 Cfr. el comunicado del “Head of Health” de Facebook, Kang-Xing Jin. “Keeping People Safe and Informed About the coronavirus” (25 de marzo de 2020) en el que se exponen las medidas adoptadas por Facebook para facilitar el acceso a la información sanitaria segura, cerrar el paso a la desinformación y a la información dañina y facilitar apoyo global a los expertos en salud pública, a los gobiernos locales, a las empresas y a las comunidades. El comunicado está disponible en: <https://about.fb.com/news/2020/08/coronavirus/>.

en el seno de la Guardia Civil, una “Unidad de Coordinación de Ciberseguridad” que tiene como cometidos el control de la “ciberdelincuencia”, el “hacktivismo”, los “ciberataques” y la desinformación. Y, así, con motivo de la crisis sanitaria por el COVID-19 –que ahora nos ocupa–, entre las medidas promovidas por el Gobierno –sobre la base del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma–, se encuentra la Orden (del Ministerio del Interior) INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen unos “criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; en particular, en el número 8 del apartado 4.º se establece que “por parte de los cuerpos policiales actuantes y los centros competentes de la Secretaría de Estado de Seguridad se impartirán *directrices para prevenir y minimizar los efectos de la desinformación, extremándose la vigilancia y monitorización de las redes y páginas web en las que se difunden mensajes e informaciones falsas orientadas a incrementar el estrés social*, e instando en su caso las medidas de intervención previstas en la legislación aplicable”.

En plena crisis sanitaria del COVID-19, de las palabras utilizadas en una comparecencia pública por uno de los mandos de la Guardia Civil sobre sus actividades de “ciberpatrullaje” (antes citadas) parecía deducirse que, además de proceder la referida “Unidad de Coordinación de Ciberseguridad” a monitorizar la desinformación que pudiera generar “estrés social en la población”, también era objeto de control la que promoviera la “creación de un clima contrario a la actual gestión de la crisis” (¿por parte de las instituciones públicas o del Gobierno?). De aquí, algunos medios de comunicación pusieron de manifiesto el peligro de que tales actividades pudieran conllevar una actividad de censura prohibida expresamente por la Constitución española de 1978 en su artículo 20.2. Prontamente, la mejor doctrina puso de relieve que la normativa sobre alarma y la relativa a la lucha contra las enfermedades infecciosas, aunque facultan medidas restrictivas de nuestros derechos y libertades (como la libre circulación), en ningún caso afecta a las libertades informativas¹²⁹. En todo caso, las labores de monitorización que sobre la desinformación realizan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad están destinados “exclusivamente a detectar aquellos bulos y desinformaciones que generan un gran nivel de estrés y alarma social, especialmente en el campo de la salud”¹³⁰. Y, en este sentido, como afirma el autor citado, “evidentes razones de salud pública general permitirían considerar que desinformaciones escandalosas, como la que aseguraba la curación ingiriendo lejía, generan un gran nivel de estrés y alarma social”¹³¹. Como afirma un reciente comunicado del capítulo español del ISOC –en pro de una “internet abierta”–: “salvo contenidos aberrantes por abiertamente contrarios a la salud, ese tipo de medidas equivalen a la censura previa de la información y de la opinión, y, a diferencia de otras restricciones de libertades, son tan innecesarias como ineficaces a la hora de combatir esta enfermedad”¹³².

129 Cfr. GARCÍA MEXÍA, P., “La censura no cura el coronavirus”, *El Confidencial*, 26 de abril de 2020. Acceso web: https://blogs.lconfidencial.com/espana/tribuna/2020-04-26/censura-no-cura-coronavirus_2566380/.

130 *Ibidem*.

131 *Ibidem*.

132 Cfr. su texto completo en: <https://www.isoc-es.org/noticias/opinion-de-isoc-es-sobre-censuramedidas-de-control-previo-de-la-informacion-en-internet/>.

Por consiguiente, así como se ha dicho que el “Estado de derecho no puede estar en cuarentena”, tampoco la libertad de información –que debe ser “veraz”– y la libertad de expresión pueden ser limitadas salvo que incurran en los supuestos de ilegalidad (los que atentan contra el honor o los que incurren en los llamados “discursos del odio”). Por lo tanto, opiniones –por muy duras que sean– críticas de la gestión que vienen realizando las autoridades en relación con la emergencia sanitaria entrarían dentro del legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Además –como recuerda PRESNO LINERA–, es sabido que en el debate político –sea el que sea– y, por supuesto, de crítica al Gobierno, la libertad de expresión goza de la máxima protección y que todo límite que se intente aplicar se presume ilegítimo (según una reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, desde el asunto *Lingens c. Austria* de 8 de julio de 1986)¹³³. Semejante línea jurisprudencial sigue nuestro Tribunal Constitucional (cfr. STC 165/1987, de 27 de octubre), y con relación a las redes sociales es muy significativa la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero, en el “caso Strawberry” sobre la relevancia de la libertad de expresión en la sociedad democrática y con un ámbito “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor”¹³⁴.

4 Hacia un nuevo sistema de información sanitaria veraz, transparente y abierto, asesorado científicamente, tecnológicamente avanzado y respetuoso con la privacidad

4.1 Necesidad de una profunda revisión del sistema de información sanitaria

Pasados unos cuantos meses desde el inicio del estado de alarma y teniendo por delante la experiencia vivida en la crisis sanitaria, son muchas las voces críticas que se han manifestado en torno a su gestión pública y, en particular, sobre el sistema de información sanitaria desarrollado en estos meses. Dejando de lado las críticas procedentes de los partidos políticos que no están en el Gobierno, un grupo de científicos españoles de prestigio publicaron en la revista médica británica *The Lancet* una carta reivindicando la necesidad de promover una comisión independiente para evaluar la respuesta de España ante el COVID-19, poniendo de manifiesto, entre otras ideas, la “débil preparación para las pandemias”, la desinversión pública en salud de los últimos años, la “reacción tardía de las autoridades centrales y regionales”, la “mala coordinación entre las comunidades autónomas y el Gobierno central”, los “lentos procesos en la toma de decisiones”, la “baja dependencia del asesoramiento

133 Cfr. PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (2): la libertad de expresión”, cit.

134 *Ibidem*.

científico”, etc.¹³⁵; entre las “preocupaciones concretas señaladas por los expertos se encuentra la relativa a la financiación y el gobierno de la sanidad pública, la prestación de estos servicios y la información de los sistemas de salud, el acceso al diagnóstico, entre otras”¹³⁶.

Más recientemente, también en la revista *The Lancet*, otros investigadores critican la gestión de los datos y la transparencia en la información del sistema sanitario español, central y autonómico, “La necesidad de datos detallados del COVID-19 en España” (“The need for detailed COVID-19 data in Spain”) es el título de su artículo en el que se critica la insuficiencia de datos que se publican a nivel nacional y regional para comprender la dinámica de la pandemia y para adoptar medidas¹³⁷; aunque reconocen que el Centro Nacional de Epidemiología (CNE) ha ido introduciendo mejoras en los datos, consideran que sigue habiendo deficiencias, especialmente en lo relacionado con el desglose por edades, lo cual es una información esencial para comprender la pandemia y orientar las políticas¹³⁸.

Desde el periodismo de investigación, nos parece de gran interés el análisis llevado a cabo, pasados cuatro meses de la activación del estado de alarma, por K. LLANERAS, especialista en análisis y periodismo de datos del diario *El País*. En su informe –balance – publicado bajo un expresivo título: “Los problemas de usar datos del siglo pasado para una pandemia del siglo XXI” – sobre la gestión de datos e información sanitaria del COVID-19 en España, acaba concluyendo que: “Una lección de esta crisis es que se debe mejorar la capacidad de las administraciones para gestionar información sanitaria; por transparencia, pero sobre todo porque disponer de datos ordenados, detallados y abiertos ayudará a combatir epidemias”¹³⁹. Según uno de los expertos en los que se basa el informe, “la gestión de la información y el manejo de los datos estadísticos ha sido un gran problema en España y en Europa”. Concretando algunos de los problemas con que se han encontrado las administraciones sanitarias en España, cabe señalar –siguiendo el informe de K. LLANERAS– los siguientes:

1º. **Colapso de los sistemas de detección y control:** la detección temprana de los casos falló desde los comienzos de la crisis sanitaria por contar para tal fin con un “protocolo demasiado estrecho”: el “sistema perdió el tren de la epidemia muy pronto”; los “servicios de salud de las comunidades estaban alimentando el sistema con mucho retraso”; “los servicios que debían vigilar y controlar la epidemia estaban superados”;

135 Cfr. la carta firmada por GARCÍA-BASTEIRO, A., ÁLVAREZ-DARDET, C., BENGÓA, R., BORREL, C., DEL VAL, M., *et al.*, “The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain”, cit. En esta carta se afirma, entre otras cosas: “¿cómo es posible que España se haya encontrado en esta situación a pesar de aparecer destacada en diferentes *rankings* que evaluaban el resultado de los sistemas sanitarios?”. “Ha sido duramente golpeada por el Covid-19, con más de 300.000 casos, 28.498 muertes confirmadas y alrededor de 44.000 muertes en exceso”.

136 *Ibidem*.

137 El artículo está firmado por TRIAS-LLIMÓS, S., ALUSTIZA, A., PRATS, C., TOBIAS, A. y RIFFE, T., “The need for detailed COVID-19 data in Spain”, cit.

138 *Ibidem*. Señalan que los datos del COVID dependen de las 17 comunidades autónomas: cinco de ellas ofrecen de forma independiente métricas de la pandemia, seleccionadas por edad y por sexo, pero no siempre son comparables entre estas pocas regiones.

139 Su colaboración titulada “Los problemas de usar datos del siglo pasado para una pandemia del siglo XXI. El Gobierno español ha sido incapaz de proporcionar números claros durante la crisis”, *Informes periodísticos de EL PAÍS sobre “El Libro Blanco de la Pandemia”*, 21 de junio de 2020.

algunos de los sistemas de información eran dispares e incompatibles; falló el rastreo de contactos; faltó el liderazgo del Ministerio de Sanidad en los sistemas de vigilancia epidemiológica que debiera haber mejorado el funcionamiento del “SiVies” (la plataforma informática del Centro Nacional de Epidemiología)¹⁴⁰.

2º. *Falta de organización y planificación en la gestión de los datos*: el Centro de Coordinación (CCAEE) centralizó los datos ofrecidos por el Ministerio de Sanidad y por los servicios sanitarios de las comunidades autónomas pero faltó integración de los sistemas de información, y la recepción y gestión de los datos fue deficiente; el Gobierno trató de ordenar este proceso –a través de las OOMM de 15 de marzo y de 12 de mayo– y hubo que esperar varios meses para lograr una información más adecuada y precisa que permitiera, por ejemplo, una detección precoz¹⁴¹.

3º. *Interrupción e incorrecciones de los datos obtenidos*: hasta el cambio de gestión de los datos (de datos individuales) la transición ha sido tortuosa y ello ha supuesto la recepción de datos erróneos y falseados por los cambios de criterio en su recepción y gestión; así, por ejemplo, hasta el momento presente es muy controvertido el número total reportado de fallecidos por el COVID-19¹⁴².

4º. *Deficiente fundamentación de las decisiones sobre la pandemia*: ante la deficiente gestión de los datos, cabe deducir que muchas de las decisiones adoptadas lo han sido con falta de apoyo científico; en concreto, ha sido criticado el proceso de “desescalada” fijado en un plan de 28 de abril de 2020 sobre la base de criterios objetivos y marcadores públicos en cada provincia que no han sido publicados de forma completa; tampoco se daba información sobre el número de rastreadores, los contactos por infectado o cuántos daban positivo¹⁴³.

5º. *Opacidad de los datos para los científicos*: el Ministerio de Sanidad “apenas ha ofrecido datos abiertos sobre el coronavirus”; ha faltado transparencia, lo cual “exige comunicar los datos de forma sistemática y en formatos que puedan ser reutilizados y escrutados”; “quizá lo más grave es que el acceso a los datos está siendo restringido incluso a los científicos”¹⁴⁴.

Tras esta descripción del mejorable proceso de gestión de la información sanitaria sobre el coronavirus, K. LLANERAS concluye lo siguiente:

1º. “Los sistemas de información nacionales se han demostrado limitados”¹⁴⁵

2º. “Han faltado recursos en salud pública”: “Los servicios de las comunidades se vieron rápidamente superados en sus tareas de vigilancia y control. Ha faltado personal, especialmente en el rastreo de contactos. Además, es posible que ese personal haya tenido que suplir con trabajo manual las carencias en sistemas de información”. “Quizás falten profesionales con perfiles cuantitativos, especialistas en datos”.

140 *Ibidem*.

141 *Ibidem*.

142 *Ibidem*.

143 *Ibidem*.

144 *Ibidem*.

145 *Ibidem*, añade: “El CNE tiene como meta “generar información para la toma de decisiones en salud pública”, pero los datos le llegaron con mucho retraso en momentos clave. El CCAES, cuya función es coordinar la gestión de la información en emergencias sanitarias, no siempre recibía los datos de forma automática y tardó meses en pedir información individualizada”.

3º. Ha faltado la “cultura de la transparencia”¹⁴⁶.

4º. Es preciso hacer una investigación sobre los fallos de gestión tratando de averiguar sus motivos y las barreras técnicas que han surgido¹⁴⁷.

4.2 Las nuevas propuestas institucionales para la reforma del sistema de información tras el estado de alarma

Tras el transcurso de los tres primeros meses de la declaración del estado de alarma, el Gobierno español diseñó el “Plan de transición hacia la nueva normalidad” –elaborado por el Ministerio de Sanidad y publicado el 28 de abril de 2020–; de cara al “desconfinamiento”, el proceso de “desescalada”, debía ser “gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas”¹⁴⁸, pero para tal fin el proceso de transición requiere una información sólida sobre la evolución de la pandemia y la capacidad de los servicios de atención sanitaria¹⁴⁹. Dentro de las “capacidades estratégicas” que es preciso reforzar, se encuentra la de promover “un modelo eficaz y seguro de alerta y vigilancia epidemiológica”¹⁵⁰ y, al tratar de la “recuperación de la actividad”, se pone de relieve la importancia de la “información de servicio público a la ciudadanía”¹⁵¹.

Unos meses después, con motivo de la “Comisión no Permanente para la Reconstrucción Social y Económica” –constituida en el Congreso de los Diputados el 7 de mayo de 2020–, en las conclusiones formuladas “para la reconstrucción social y económica” –aprobadas el 29 de julio de 2020– sobre el apartado relativo a la “Sanidad y Salud”, después de reafirmar los “valores y principios rectores del Sistema

146 *Ibidem*, añade: “Algunos de los problemas con la gestión no tienen sus raíces en la falta de recursos: publicar un CSV es tan fácil como publicar un PDF”.

147 *Ibidem*.

148 MINISTERIO DE SANIDAD, *Plan de transición hacia la nueva normalidad*, 28 de abril de 2020, p. 5.

149 *Ibidem*, p. 7.

150 *Ibidem*, pp. 10 y ss. Las otras capacidades estratégicas son: la “identificación y contención de las fuentes de contagios”, la “asistencia sanitaria” y las “medidas de protección colectiva”. Sobre el referido “modelo de alerta epidemiológica”, se dice: “Monitorizar la transición de forma efectiva y segura exige configurar un sistema de información epidemiológica basado en series de datos de máxima fiabilidad, elaboradas con criterios homogéneos para todo el territorio nacional, con un nivel de desagregación por área de salud (para permitir unos niveles de granularidad territorial más avanzados), con responsables identificados y actualización diaria. Disponer de sistemas de información de la calidad mencionada requiere de un refuerzo de los servicios de vigilancia epidemiológica en las comunidades autónomas y en el nivel central, y una adaptación de los sistemas informáticos actuales en una parte importante del territorio. Un sistema de información bien preparado debe partir de indicadores de alertas tempranas e intermedias como los propuestos en el anexo I, u obtenidos a partir de otras fuentes alternativas (apps de móviles, llamadas a teléfonos de urgencias sanitarias, etc.)” (p. 11).

151 Para justificar lo realizado en este aspecto hasta el momento, se dice: “cabe señalar la comunicación efectuada durante esta etapa que ha transmitido información actualizada de la evolución de la pandemia y lo hará de la incidencia de las distintas fases de la desescalada. Hasta la fecha se ha hecho un gran esfuerzo para que la ciudadanía pueda tener información oficial, transparente y actualizada cada día. Un esfuerzo que debe tener continuidad, pues la relevancia de la comunicación y la transparencia será crucial en el discurrir por la desescalada. Desde la aprobación del real decreto por el que se declara el estado de alarma, se ha ofrecido a los medios de comunicación una rueda de prensa diaria con los portavoces del denominado Comité de Gestión Técnica del Coronavirus, así como numerosas comparecencias del presidente del Gobierno, de los ministros designados como autoridades competentes delegadas y de otros titulares ministeriales del Gobierno. Hasta el 27 de abril se han celebrado un total 112 ruedas de prensa telemáticas con 1.040 turnos de preguntas al presidente y otros miembros del Gobierno. Además, se han realizado tres *video-briefings* informativos y más de 180 entrevistas de ministros del Gobierno en medios de comunicación nacionales e internacionales”.

Nacional de Salud”, propone “incorporar a todos los niveles del Sistema Nacional de Salud los principios e instrumentos de buena gobernanza” y, entre ellos, a los efectos de este trabajo, los siguientes:

– “Transparencia, rendición de cuentas, participación democrática (...), eficiencia, calidad...” (apartado 2.1).

– Basar las decisiones en datos y evidencias científicas contrastadas” (apartado 2.4).

– Promover una cultura de buenas prácticas y de ética profesional con el desarrollo de normativas en pro de una buena gobernanza (...): obligaciones de transparencia y publicidad activa (...), protección de los denunciantes (*whistleblowers*)...” (apartado 2.8).

– “Mejorar la cooperación y la coordinación interautonómica. La pandemia ha puesto de relieve las dificultades en la coordinación entre las comunidades autónomas y el Ministerio de Sanidad a la hora de proponer y hacer operativas políticas sanitarias comunes, así como disponer de la información necesaria en situaciones de crisis. Por ello, es necesario establecer un nuevo marco de cooperación y coordinación en el Sistema Nacional de Salud” (apartado 3.1).

– Y, para “reforzar al Ministerio de Salud para que pueda desempeñar con efectividad sus funciones en un sistema descentralizado”, se destaca la necesidad de “fortalecer con un estatuto especial el Sistema de Información del Sistema Nacional de Salud...” (apartado 4.2).

En la buena dirección que señalan estas propuestas institucionales está la sucesiva actualización de la “Estrategia de Detección Precoz, Vigilancia y Control del COVID-19” elaborada por el Instituto de Salud Carlos III¹⁵², en la que se afirma, de una parte, que “la monitorización de la epidemia exige sistemas de información epidemiológica que proporcionen datos diarios para la toma de decisiones. Para ello, deben hacerse las adaptaciones en los sistemas de información sanitaria y de vigilancia epidemiológica que permitan a la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (Renave) disponer de la información necesaria, con un nivel de desagregación y detalle adecuado, para garantizar una capacidad de reacción rápida que lleve a la adopción de las medidas oportunas de control”¹⁵³. Y, de otra parte, se dice que “el seguimiento del nivel de transmisión de la epidemia debe hacerse compaginando la información obtenida de distintos niveles, incluyendo centros sanitarios y sociosanitarios tanto públicos como privados, laboratorios y servicios de prevención de riesgos laborales”¹⁵⁴.

152 La última versión que manejamos es la de 25 de septiembre de 2020. Se trata de un documento revisado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta y por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial.

153 P. 3 de la “Estrategia”, se añade que: “Así, cada componente de la Renave, a nivel de CC.AA. y el nivel nacional (tanto el Ministerio de Sanidad como el Centro Nacional de Epidemiología del ISCIII) debe disponer de los recursos humanos, especialmente en las unidades de vigilancia epidemiológica, y de los desarrollos tecnológicos e informáticos necesarios para la obtención y análisis continuo de los casos y para la gestión adecuada de los contactos”. En el anexo 2 de la estrategia se concreta la “información epidemiológica a notificar de forma agregada”.

154 *Ibidem*. Además, para tal fin, “los Servicios de Salud de las CC.AA. y los servicios asistenciales tanto de la sanidad pública como de las entidades privadas adecuarán sus sistemas informáticos para posibilitar la obtención de la información mínima exigida en el tiempo y forma indicados en los correspondientes protocolos de actuación y aplicaciones informáticas establecidas”.

4.3 Un gobierno abierto, transparente e informado en la gestión de la información sanitaria

4.3.1 Un presupuesto irremplazable: la calidad y la gestión de los datos

Como señalábamos al comienzo –siguiendo al profesor CIERCO SEIRA–, la información sanitaria, en la cantidad y calidad adecuadas, es imprescindible para la gobernanza y la gestión de la salud pública, máxime cuando se trata de una pandemia que requiere una gran urgencia en la gestión y uso de los datos disponibles. Todo ello teniendo en cuenta las grandes incertidumbres que planean sobre una crisis sanitaria como la provocada por el coronavirus.

Desde el comienzo de la pandemia, el cómputo global de fallecidos nunca ha ido parejo con respecto a los sistemas estandarizados, como el utilizado por el Instituto de Salud Carlos III y su sistema de monitorización de la salud (“MoMo”), así como las cifras que se desprenden de la evolución interanual de fallecidos que publica el Instituto Nacional de Estadística (INE)¹⁵⁵. Las autoridades sanitarias españolas han tenido que ajustar en varias ocasiones su sistema de cómputo de víctimas y contagiados por el coronavirus previa solicitud del Centro Europeo para la Prevención y Control de las Enfermedades y la Organización Mundial de la Salud.

El propio Gobierno –a través de su Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital– anunció tempranamente (a mediados del mes de marzo de 2020) un conjunto de iniciativas de ámbito digital a las que nos referiremos más adelante y entre las cuales se encontraba la creación de la “oficina del dato del coronavirus” como sistema centralizado para gestionar un cuadro de mando integral de los datos generados por las comunidades autónomas, pero tal organismo no ha llegado a crearse.

La contabilización de los datos del COVID-19 procedentes de las comunidades autónomas se comunica a la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica a través de la plataforma informática vía Web SiVies, que gestiona el Centro Nacional de Epidemiología. El contenido de la encuesta a las comunidades autónomas se ha ido modificando conforme a las prioridades del momento y, a partir del 11 de mayo de 2020, se modificó debido a la nueva “Estrategia de Vigilancia y Control”, simplificando la encuesta para hacerla más ágil¹⁵⁶. En todo caso, las sucesivas modificaciones en la metodología y en

155 Así, por ejemplo, cuando escribimos estas líneas (principios del mes de noviembre de 2020), la tabla de fallecidos escaló de los 36.495 del día 3 de noviembre a los 38.118 desde el pasado mes de marzo, lo cual ha sido justificado por el Gobierno señalando que los 1.623 fallecidos añadidos de golpe fueron por decesos que no pudieron confirmarse a través de una PCR. Y teniendo en cuenta que, según el INE, el “exceso de mortalidad” interanual se eleva a unos 60.000 fallecidos, podría deducirse que el número de fallecidos por coronavirus podría duplicarse respecto del cómputo oficial. Tales informaciones son facilitadas periódicamente por el Centro Nacional de Epidemiología, perteneciente al Instituto de Salud Carlos III y en el que se integra además la “Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica” (Renave).

156 Los objetivos de la vigilancia epidemiológica son actualmente según el Informe n. 51 sobre “Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir del 10 de mayo”, fechado el 6 de noviembre de 2020. Sobre la Orden SND/404/2020, de 11 de mayo, de medidas de vigilancia epidemiológica de la infección por SARS-CoV-2 durante la fase de transición hacia una nueva normalidad, cfr. el artículo de MARZO PORTERA, A., “El tratamiento de datos personales de datos de contagiados y sospechosos para la vigilancia epidemiológica en la nueva normalidad”, *Blog “Hay Derecho” - Expansión*, 21 de mayo de 2020, se demanda de las autoridades sanitarias “transparencia, concreción y más detalle sobre el tratamiento de los

el cómputo de los datos han originado una confusión acumulada en la información disponible que debería ser rectificada.

Para una mejora en la gestión de los datos epidemiológicos, además de una mayor coordinación entre los servicios de información epidemiológica de las comunidades autónomas con el Estado a través de su Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, será precisa una inversión en medios materiales y personales. El Comité Español de Matemáticas (CEMat), que desde el comienzo de la pandemia puso en marcha la iniciativa “Acción Matemática contra el Coronavirus”, ofreciendo su colaboración para analizar, comprender y actuar ante la emergencia, solicitó del Gobierno la disposición de una serie de datos e información indispensable¹⁵⁷. Dichos expertos en matemáticas pueden facilitar, además, una predicción cooperativa para facilitar a las autoridades información del comportamiento a corto plazo de variables de gran interés en la expansión del virus COVID-19. Pero tales predicciones dependen, claro está, de la calidad de los datos disponibles.

Un factor muy importante de la gestión de la pandemia en los países donde mejor se ha gestionado esta ha sido la realización de las pruebas de diagnóstico mediante PCR (sigla en inglés de “reacción en cadena de la polimerasa”) que permiten detectar un fragmento del material genético de un patógeno o microorganismo, como es el caso de la detección, en su caso, del COVID-19. Y, de otra parte, otra medida clave para la detección precoz y contención de la propagación del coronavirus es la actuación de los “rastreadores”, profesionales –que no necesariamente tienen que ser sanitarios– encargados de buscar todas aquellas personas que hayan estado en contacto con un positivo de coronavirus¹⁵⁸. En el último apartado de este trabajo nos referiremos a los medios tecnológicos que tratan de suplir las acciones realizadas directamente por los medios personales del sistema sanitario.

Finalmente, para la gestión de la información tiene gran relevancia la iniciativa de la Unión Europea sobre una “Estrategia Europea de Datos”, promovida por la Comisión Europea con el fin de “configurar el futuro digital de Europa”¹⁵⁹, en la que, tras analizar los problemas existentes (sobre disponibilidad de datos, inoperabilidad

datos de los ciudadanos, recordando que cualquier actividad de tratamiento que se realice con categorías especiales de datos, como es la salud, deberían haber sido planificadas a través de una evaluación de impacto cuyo resultado, cuando menos, debería incluir no solo la definición de las medidas, sino su propia implantación con carácter previo a la recogida de cualquier dato de carácter personal”. Acceso web: <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/21/el-tratamiento-de-datospersonales-de-contagiados-y-sospechosos-para-la-vigilancia-epidemiologica-en-la-nueva-normalidad/>.

157 Así, por ejemplo:

- Series de datos diarios de la epidemia, completas y desagregadas por comunidades autónomas y por rangos de edad y sexo.
- Microdatos de los casos diagnosticados, incluida información de interés para cada paciente.
- Microdatos de encuestas que se pueden estar haciendo por parte de las administraciones públicas.
- Datos sobre recursos disponibles en el sistema de salud.
- Registros de movilidad de población.

Vid. la información disponible sobre la referida “Acción matemática contra el coronavirus” en la página web: <http://matematicas.uclm.es/cemat/covid19/>.

158 Sobre su metodología de actuación cfr. MINISTERIO DE SANIDAD, “Estrategia de Detección Precoz, Vigilancia y Control del COVID-19”, 25 de septiembre de 2020. Acceso web: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf.

159 Cfr. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre “Una Estrategia Europea de Datos”, Bruselas, 19 de febrero de 2020, COM(2020) 66 final.

y calidad de datos, gobernanza de datos, etc.), pone de relieve, entre otros campos, el relativo a “un espacio de datos referido a la salud que es esencial de cara a los avances en la prevención, la detección y la cura de enfermedades, así como para la toma de decisiones fundadas y basadas en pruebas a fin de mejorar la accesibilidad, la efectividad y la sostenibilidad de los sistemas de salud”¹⁶⁰.

4.3.2 Una comunicación veraz y transparente

Una vez que la información es lo más completa posible, también hemos visto a lo largo del trabajo que, por tratarse de una situación de riesgo sanitario de considerable gravedad social, es preciso una adecuada “comunicación del riesgo” en los términos que, como ya sabemos, establece, de una parte, el artículo 4, d) de la LGSP: una información que “se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plan de accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo”; y, de otra parte, en el artículo 6 de la LBRAP, se exige que la información “se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud...”.

Radica en este punto la confiabilidad de la gobernanza del riesgo sanitario, pero para tal fin, de nuevo, la calidad de los datos y su interpretación adecuada resultan de la máxima importancia.

Por lo que se refiere a la “lucha contra la desinformación”, cabe preguntarse ¿qué más puede hacer el Derecho para combatir esta peligrosa pandemia –la desinformación y las *fake news*– que ataca, más allá de los cuerpos, las mentes y los pensamientos?

A mi juicio, tratándose de un problema de información, la solución ha de venir por la mejora de los medios, instrumentos y calidad de la información sanitaria. En esta dirección, la Organización Mundial de la Salud publicó en 2018 unas “Directrices sobre políticas y prácticas para la comunicación de riesgos y emergencias” en las cuales se expresa que una de las claves de esta comunicación es “generar confianza”, “las intervenciones de comunicación de riesgos deberán estar vinculadas a servicios operativos y accesibles, ser transparentes, realizarse en tiempo oportuno y ser fáciles de comprender, reconocer los elementos de incertidumbre, ir a las poblaciones afectadas y propiciar su participación...”. Como vimos al comienzo de esta colaboración, nuestra vigente Ley 33/2011, de salud pública, rema en esta dirección de subrayar la transparencia informativa y la ágil y neutral información sanitaria. Más discutible es, en mi opinión, su forma de ejecución en el momento presente.

En esta tarea de proporcionar información fiable y de calidad, se ha puesto de manifiesto la importancia de la divulgación de los que mejor conocen los aspectos técnicos de los temas sanitarios implicados. Por tal motivo, en el caso de España, me parecen de gran interés las recomendaciones desarrolladas por los epidemiólogos y por la “Asociación Española de Comunicación Científica (AECC)”¹⁶¹.

160 *Ibidem*, p. 27. *Vid.*, asimismo, su apéndice en sus pp. 35 a 37 sobre los datos relativos a la salud.

161 Con anterioridad a la crisis del COVID-19, puede destacarse la publicación de la FUNDACIÓN DR. ANTONIO ESTEVE y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMUNICACIÓN CIENTÍFICA *Epidemiología para periodistas y comunicadores*, Barcelona, 2015. Por su parte, la AECC ha difundido en su página web, desde la declaración de la pandemia, diversos comunicados y con-

Asimismo, los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio y televisión) tienen una especial responsabilidad en la difusión de una información veraz y contrastada. Pero ¿qué decir de los nuevos medios de comunicación, las redes sociales, que constituyen en nuestros días un vector potentísimo de *fake news*? Y aquí se barajan dos principales soluciones: la “regulación” por los gobiernos de instrumentos jurídicos de control y, en su caso, de eliminación de los supuestos graves de desinformación (Alemania, Francia, etc.), y la “autorregulación” promoviendo “códigos de conducta contra la desinformación” para las plataformas tecnológicas de provisión de información en línea y la creación de entidades de verificación de datos.

Como ya he defendido en uno de mis últimos trabajos, a largo plazo, “para combatir este nuevo reto de la desinformación no bastan las normas y códigos de buenas prácticas, sino que el mayor desafío es promover una educación de calidad en nuestros ciudadanos”, llámese “alfabetización digital” o como se quiera¹⁶². Sé que ello requiere tiempo y mucho esfuerzo, pero es la mejor inversión de futuro. Pero, como todo lo relativo a la salud, sobre todo cuando esta corre peligro en una emergencia sanitaria como la del COVID-19, necesita una actuación urgente, debe trabajarse en una mejora de las vías e instrumentos públicos de información sanitaria disponibles, para que sean más confiables, diferenciados de los utilizados por los órganos de expresión política, imbuidos de transparencia y calidad técnica, empáticos con los medios de comunicación, accesibles a la opinión pública (sin ocultar la verdad de los hechos por negativos que estos sean) y bien asesorados técnicamente. En todo caso, no soy partidario del estricto control gubernamental de la desinformación (habría que convenir primero en qué es, propiamente, desinformación) salvo los supuestos de contenidos ilegales flagrantes. En todo lo que hace referencia a la información, es preferente preservar en el Estado de derecho unas vigorosas libertades informativas que promuevan un sano ecosistema para la opinión pública que es clave para el cabal desarrollo de un Estado democrático.

Frente a la pandemia de la “desinformación”, si bien no se prevé la preparación de una vacuna eficaz que la conjure definitivamente, la transparencia en la información pública sanitaria, la buena comunicación de los riesgos y el previo asesoramiento técnico aparecen, a mi entender, como “antirretrovirales” que impiden o minimizan la dañina expansión del virus de las noticias falsas. Como concluye la investigadora del CIDOB Carmen COLOMINA: “la restauración de la salud pública pasará también por recomponer la salud informativa”¹⁶³.

Por último, como señala PONCE SOLÉ, en la gestión pública de la pandemia no deben olvidarse las ciencias del comportamiento y, en particular, estas podrían ayudar a los gestores de la crisis del COVID-19 a “comprender mejor cómo los sesgos humanos

sejos para informar sobre el coronavirus (cfr. su página web: <https://www.aecomunicacioncientifica.org/lista-de-fuentes-fiablessobre-el-nuevo-coronavirus/>).

162 Cfr. SANZ LARRUGA, F.J., “Corrupción y sistema democrático: libertades informativas y lucha contra la desinformación”, cit., pp. 183-217.

163 Su opinión: COLOMINA, C., “Coronavirus: infodemia y desinformación”, cit.

afectan a las percepciones de los riesgos que tienen los ciudadanos” y, en este sentido, “no es suficiente con comunicar, hay que hacerlo efectivamente”¹⁶⁴.

4.3.3 Un órgano independiente para el asesoramiento científico y técnico

Al comienzo de este trabajo citábamos al profesor ESTEVE PARDO en su trabajo sobre cómo debería gestionarse la pandemia teniendo en cuenta la “espesa incertidumbre” que rodea todo lo relativo al COVID-19 y que, en tal caso, debe desarrollarse una “estrategia interna de decisión sobre certezas y referencias” basada en presunciones que, en su perspectiva institucional, puede concretarse en “un órgano integrado por expertos muy cualificados para extraer de él la necesaria presunción de autoridad científica para dar cobertura a las decisiones políticas o administrativas en situaciones de incertidumbre”¹⁶⁵.

Tal órgano independiente de asesoramiento científico resulta esencial para la gestión de la crisis sanitaria en la cual la complejidad y la incertidumbre que genera la pandemia constituyen una nota fundamental de la situación presente, y solo con un sólido apoyo científico es posible sobrellevarla dignamente. Además, como ya vimos, el ordenamiento jurídico vigente exige –conforme a lo previsto en el artículo 11 de la LGSP– “transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública...” y también prevé expresamente que “será pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública...”¹⁶⁶.

En esta dirección, son muy expresivos los comunicados emitidos en España por la “Sociedad Española de Epidemiología” (SEE) con motivo de la vigente crisis sanitaria: “la toma de decisiones políticas debería hacerse escuchando y valorando las opiniones de los distintos actores/sectores, técnicos, científicos y representantes de la sociedad civil. Dado que la vida y las crisis tienen muchas facetas y aspectos que deben considerarse, son los políticos quienes deberían valorar, en cada momento y con el mejor conocimiento disponible, qué es más conveniente para el conjunto de la ciudadanía”¹⁶⁷. También nos parece de gran valor el “Manifiesto a favor de una respuesta coordinada equitativa y basada en la evidencia científica”, emitido por representantes de 55 sociedades científicas participantes en el I Congreso Nacional COVID-19 y que se resumen en once puntos¹⁶⁸, de los que subrayamos, a los efectos

164 PONCE SOLÉ, J., “Respuestas frente a la pandemia de COVID-19: ciencias del comportamiento, derecho público y gestión pública”, *Blog del CEPC*, 25 de mayo de 2020.

165 Cfr. ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, cit. y *loc. cit.*, p. 47.

166 Como ya vimos anteriormente, la entidad Transparencia Internacional, en su comunicado de mayo de 2020, recomendaba al Gobierno, entre otros asuntos, la constitución de un “comité de expertos” con publicación de forma clara de la composición y designación de los miembros de dicho comité.

167 Cfr. la “Carta de la SEE” titulada “No disparen al pianista. El papel del personal técnico de la Administración Pública en la toma de decisiones”, 16 de junio de 2020, disponible en la página web de la SEE: <https://www.seepidemiologia.es/documentos/dummy/Carta%20de%20la%20SEE%20sobre%20el%20valor%20del%20trabajo%20de%20los%20epidemiólogos%20.pdf>.

168 Se trata de los siguientes:

1. Respuesta sanitaria basada en la evidencia científica y en el interés general.
2. Lealtad política e institucional y aprendizaje continuo.

de este trabajo, el primero, relativo a que la “respuesta sanitaria” ha de estar basada en la evidencia científica y en el interés general¹⁶⁹ y de las medidas “frente a la desinformación, sensibilización y educación para la salud”¹⁷⁰.

4.4 El imprescindible recurso a la tecnología y la innovación en la lucha contra el coronavirus. La ponderación entre la protección de la salud y la preservación de la privacidad¹⁷¹

4.4.1 Ideas previas sobre la aplicación de las tecnologías informáticas y telemáticas en el control del COVID-19. Inteligencia artificial y *big data*

Es indudable que, en la lucha contra el coronavirus, las tecnologías digitales pueden desarrollar –y, de hecho, lo están haciendo– un importante papel: el *big data* y la inteligencia artificial para gestionar un enorme volumen de información que la gestión de la pandemia genera¹⁷²; la “robótica”, que puede reducir la carga de trabajo del personal sanitario; las medidas de “ciberseguridad” que es preciso adoptar para preservar la seguridad de los servicios informáticos y de los datos que se manejan; incluso la tecnología *blockchain* podría jugar un papel relevante para controlar la trazabilidad de las informaciones y la gestión de las identidades digitales¹⁷³. Algunas

3. Respuesta rápida.

4. Protocolización nacional de mínimos.

5. Principio de equidad y reserva estratégica nacional de material.

6. Coordinación territorial.

7. Minimización del impacto de la pandemia en la atención a otros procesos.

8. Rechazo a cualquier discriminación.

9. Responsabilidad individual.

10. Frente a la desinformación, sensibilización y educación para la salud.

11. Apuesta por el trabajo multidisciplinar.

Acceso web: https://seom.org/images/SEOM_COVID19_Manifiesto_ESP.pdf

169 En concreto, se afirma: “La pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de que la ciencia debe jugar un papel más relevante en la esfera pública y en la toma de decisiones de gestión sanitaria. Por ello es necesario establecer los procedimientos necesarios entre la comunidad científica y los centros de decisión política para garantizar que las medidas y estrategias adoptadas responden a la mejor evidencia y consenso científico y sanitario”.

170 Se dice: “Pilares muy importantes para el control de la epidemia son los medios de comunicación, los líderes de opinión y la sociedad civil. El papel que estos agentes están realizando está resultando esencial en el conocimiento y concienciación de la población sobre la pandemia de COVID-19. En estos momentos resulta especialmente necesario su papel en la lucha contra la desinformación, la generación de falsas noticias y campañas negacionistas. Es preciso por tanto aunar esfuerzos y desplegar una amplia estrategia de difusión, sensibilización y concienciación a la población. Esta, en meses venideros, deberá incidir en la importancia de la vacunación. En el mundo post-COVID, la información veraz como generadora de conocimiento, la sensibilización y la educación para la salud serán esenciales y nos permitirán afrontar con mejores perspectivas nuevas amenazas”.

171 Cfr. el trabajo de PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”, Blanquer Criado, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público durante el estado de alarma y más allá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 135-185.

172 El *big data* podría ayudar a comprender el árbol genealógico del virus y *machine learning* podría colaborar en la búsqueda de una terapia.

173 Cfr. el informe de la empresa GRANT THORNTON, *Perspectiva del COVID-19. Tecnología e innovación contra el coronavirus*, abril de 2020. En 2013 se publicó el libro de Viktor MAYER-SCHÖNBERGER, profesor de “Regulación y gestión de internet” en el Internet Institute de la Universidad de Oxford, titulado *Big Data. La revolución de los datos masivos*; en su primer capítulo (“Ahora”) se narra cómo en 2009 se descubrió el virus de la “gripe H1N1” y cómo, antes de que los Centros de Control y Prevención de Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos lo hubieran detectado, unos ingenieros de Google publicaron un

de estas aplicaciones están cobrando en los últimos años una gran importancia dentro del fenómeno de la “salud móvil” (*e-Health*)¹⁷⁴, ya que pueden ayudar a evitar el colapso de los hospitales. Además, las tecnologías digitales no solo pueden ser útiles para la detección y prevención en emergencia de salud pública, sino también para su respuesta y recuperación¹⁷⁵.

La “Agencia Española de Protección de Datos” (AEPD), en su interesante documento informativo de mayo de 2020 sobre *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID. Un análisis de costes y beneficios*¹⁷⁶, desarrolla las más importantes soluciones tecnológicas que se están utilizando en la lucha contra la pandemia y que podemos sistematizar del siguiente modo:

1. Técnicas de “geolocalización” de móviles de usuarios, que, a su vez, puede realizarse bien sea por parte de los operadores de telecomunicaciones o bien por medio de las redes sociales¹⁷⁷.

2. Aplicaciones (*apps*), *webs* y *chatbots* para el seguimiento, control, información y citación de los usuarios –infectados o no– en relación con el coronavirus y con diferentes niveles de voluntariedad.

3. Los “pasaportes de inmunidad” que revelan si su portador está contagiado o, presuntamente, inmunizado por haber pasado la enfermedad.

4. Las “cámaras de infrarrojos para lecturas masivas de temperatura”.

Por lo que se refiere a la inteligencia artificial y la gestión del *big data*, el “Comité *ad hoc* de inteligencia artificial” (CAHAI) del Consejo de Europa, en su publicación sobre *La inteligencia artificial (IA) y el control del coronavirus Covid-19*¹⁷⁸, pone de manifiesto cómo la IA constituye una importante herramienta para apoyar la lucha contra la pandemia, así como para la búsqueda de una cura efectiva (la vacuna) mediante el estudio del comportamiento del virus y sus algoritmos de predicción; como

artículo en *Nature* en el que explicaban cómo este gigante de internet podía predecir con el tratamiento de *big data* de su buscador la propagación del virus gracias a las consultas de sus usuarios sobre temas relacionados con los indicios de esta enfermedad (MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013).

174 Cfr. el trabajo de NAVAS NAVARRO, S., “Aspectos jurídicos de las aplicaciones móviles de salud (apps sanitarias y wearables)”, *Diario La Ley*, 14 de mayo de 2020.

175 Cfr. el documento de PARK, M., NELSON, J., TEJERINA, L. y BAGOLLE, A., *Detección, prevención, respuesta y recuperación con tecnología digital. Evidencias de la aplicación de intervenciones digitales en emergencias de salud pública pasadas, presentes y futuras*, División de Protección Social y Salud, Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. Acceso web: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Deteccion-prevencionrespuesta-y-recuperacion-con-tecnologia-digital-Evidencias-de-la-aplicacion-de-intervenciones-digitales-en-emergencias-de-salud-publica-pasadas-presentes-y-consideraciones-para-las-futuras.pdf>.

176 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*, mayo de 2020. Acceso web: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>.

177 Para las fases de “desescalada” o desconfinamiento, se ha subrayado la importancia del llamado “rastreo digital de contactos” como una herramienta eficaz para evitar la difusión del virus. Para dicho rastreo, cabe utilizar dos métodos alternativos: uno centralizado y otro descentralizado, pero se considera que los descentralizados pueden ser más respetuosos con los derechos de la privacidad. Asimismo, la tecnología “Bluetooth Low Energy” (BLE) que se utiliza en algunos de estos rastreadores digitales no ofrece una garantía total de privacidad a los usuarios, no son suficientemente fiables, robustas ni extendidas para alcanzar las tasas deseables de detección de contactos”. En todo caso, las soluciones descentralizadas entrañan menores riesgos para la privacidad, aunque son más vulnerables a los ataques masivos (cfr. el estudio promovido por CYPRIAN (Cibersecurity, Privacy and Anonymity Lab 01), “Abriendo la caja de Pandemia: por qué necesitamos repensar el rastreo digital de contactos”, *Blog Gradiant*. Acceso web: <https://www.gradiant.org/blog/covid19-rastreo-contactos/>).

178 Acceso web: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/la-ia-y-el-control-delcoronavirus-covid-19>.

fuerza motriz para el intercambio de conocimientos, a través del examen de miles de documentos de investigación publicados; como observador, vigilante y predictor de la evolución de la pandemia; para ayudar al personal sanitario; como herramienta para el control de la población, mediante el uso de dispositivos de geolocalización y otros medios de control; y para una mejora de la respuesta coordinada¹⁷⁹.

No obstante, el profesor COTINO HUESO se muestra muy crítico con el uso dado en la vigente pandemia de la inteligencia artificial y del *big data*, afirmando que estas herramientas “han fallado estrepitosamente, pero serán esenciales en esta guerra contra el coronavirus”¹⁸⁰. Según este autor –para quien la “IA es extremadamente útil para integrar, estructurar y extraer información y conocimiento de ingente cantidad y variedad del *big data*”–, “es importante no simplificar: reducir la cuestión a una renuncia de la privacidad para mantener la vida y la salud” y, al mismo tiempo, subraya la necesidad de “maximizar, balancear, armonizar y ponderar los derechos entre sí”¹⁸¹. Si bien el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) y la propia Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) han afirmado que “las reglas de protección de datos son suficientemente flexibles” y que el Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016 permite a las autoridades sanitarias procesar datos en el contexto de la pandemia, todo ello debe hacerse –como dice COTINO HUESO– sobre la base de una normativa (en cada país) clara que determine con exactitud qué se quiere hacer, quiénes y cómo, y con previsión de garantías (anonimización de datos, estudios de impacto, deberes de confidencialidad, participación de comités de ética, transparencia de los algoritmos, etc.)¹⁸². El mismo profesor valenciano afirma que, “lejos de posiciones maximalistas, el diablo está en los detalles y nos va la vida en ello”, y propone “un diseño para evitar las tentaciones del diablo de acumular datos, de usarlos para otros fines y de que no lo podamos controlar”, y para tal fin señala una serie de elementos de seguridad:

- El uso de productos bajo “código abierto” que facilite la transparencia y auditabilidad.

- El empleo de herramientas bajo los “principios de minimización y anonimización” de los datos de los usuarios, así como el carácter voluntario de la facilitación de los datos a los epidemiólogos.

- Optar por un “sistema descentralizado” de los datos de los usuarios y afectados.

- La idea de “desmantelamiento elegante” mediante la eliminación periódica de datos personales cuando ya no hay pacientes infectados¹⁸³.

En definitiva, afirma el profesor, se trata de utilizar con flexibilidad las nuevas herramientas tecnológicas de inteligencia artificial y vigilancia digital en una línea de trabajo de las instituciones públicas que “combine eficacia, privacidad y transparencia. Y

179 El CAHAL recuerda cómo el artículo 11 de la Carta Social Europea (ratificada por 34 de los 47 Estados del Consejo de Europa establece el “derecho a la protección de la salud que compromete a los signatarios a adoptar, ya sea directamente o en cooperación con organizaciones públicas y privadas, medidas apropiadas...”.

180 Cfr. COTINO HUESO, L., “Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra el Covid-19 y contra la privacidad. El diablo está en los detalles”, *Publicación del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, n. 36, 23 de abril de 2020.

181 *Ibidem*.

182 *Ibidem*.

183 *Ibidem*.

que no haya que acudir a desarrollos tecnológicos privados (...) Estos posiblemente garantizarán mejor la eficacia, pero muy dudosamente la privacidad y la transparencia”¹⁸⁴.

4.4.2 Sobre las medidas tecnológicas promovidas por el Gobierno español a partir del estado de alarma. Especial referencia al “Radar COVID”

Pocos días después de la declaración del Estado de Alarma por el RD 463/2020, se dictó la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (en adelante, SEDIA) – dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital–, el “desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis ocasionada por el COVID-19”¹⁸⁵. La justificación de estas medidas estriba, según explica su preámbulo, de una parte, en reforzar el sistema de salud pública en lo que se refiere a la remisión de información al Ministerio de Sanidad y para el control de los enfermos y personas que estén o hayan estado en contacto con ellos, y, de otra parte, para mejorar la información a los ciudadanos y contar con una información fiable sobre la movilidad de las personas, y, en definitiva, para mejorar la coordinación de las entidades gestoras de la crisis sanitaria, “evitar duplicidades” y “permitir un uso más eficaz y eficiente de los recursos”¹⁸⁶.

La citada Orden SND/297/2020 contiene las siguientes medidas:

1ª. Se encomienda a la SEDIA el “desarrollo de soluciones tecnológicas y aplicaciones móviles para la recopilación de datos con el fin de mejorar la eficiencia operativa de los servicios sanitarios, así como la mejor atención y accesibilidad por parte de los ciudadanos” (cfr. su apartado 1º).

2ª. Se encomienda, asimismo, a la SEDIA el “estudio de movilidad aplicada a la crisis sanitaria”, que se denomina “DataCOVID-19” (cfr. su apartado 2º).

3ª. También a la SEDIA se le encarga la “creación de un punto central de coordinación para la evaluación de otras propuestas tecnológicas por parte de otros organismos y entidades” (cfr. su apartado 3º).

Aunque estas medidas se habían previsto en la citada orden de 27 de marzo, nos referimos a ellas en este apartado, ya que no pudieron ponerse en marcha hasta bien terminado el estado de alarma (aproximadamente en agosto de 2020)¹⁸⁷. Y dentro de

184 *Ibidem*.

185 Esta Orden ha sido objeto de diversos comentarios jurídicos: FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Covid-19. Medidas limitativas de derechos. «Arcas de Noé». Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización”, *Diario La Ley*, n. 9619, 23 de abril de 2020; GARCÍA MARCOS, J., “Geolocalización durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Diario La Ley*, n. 9631, 13 de mayo de 2020; y RICHARD GONZÁLEZ, M., “Sobre la inconstitucionalidad de la geolocalización de los ciudadanos mediante el uso de aplicaciones de dispositivos móviles al amparo de la Ordena SND 297/2020 dictada en el Estado de Alarma declarado por el RD 463/2020”, *Diario La Ley*, n. 9643, 1 de julio de 2020.

186 Entre las disposiciones citadas en el preámbulo se encuentra la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificada por la Orden SND/267/2020, de 20 de marzo, que establece la obligación de remitir al Ministerio de Sanidad información por parte de las comunidades autónomas, centros hospitalarios públicos y determinados centros hospitalarios privados.

187 Tras una fase piloto en La Gomera iniciada a finales del mes de junio de 2020, la aplicación ha comenzado a activarse de forma oficial en todo el territorio de España, aunque no estará completamente funcional hasta que las comunidades autónomas la incorporen a sus sistemas de salud (en torno a mediados de septiembre de 2020). El retraso de su puesta en marcha ha sido debido a que el Ministerio de Sanidad temía que su funcionamiento hubiera colapsado el sistema de salud con datos inútiles y falsos positivos, aunque el despliegue de la aplicación corresponde a la Secretaría de Estado de

las medidas citadas nos vamos a centrar, seguidamente, en la relativa a la aplicación informática de rastreo de contactos para usuarios de móviles, potenciales infectados por el COVID-19¹⁸⁸.

La referida aplicación para móviles, denominada “Radar COVID”, es una aplicación informática para el apoyo de la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 cuyo responsable es el Ministerio de Sanidad, pero su titular es la SEDIA¹⁸⁹, destinada a facilitar a los usuarios –que son potencialmente infectados por el coronavirus– una “autoevaluación basándose en los síntomas médicos que comuniquen” y, por lo tanto, acerca de la “probabilidad de que estén infectados”; además, trata de ofrecer al usuario información “sobre el COVID-19” y proporcionarle “consejos prácticos y recomendaciones de acciones a seguir según la evaluación”¹⁹⁰. También se dice en la orden, expresamente, que “la aplicación permitirá la geolocalización del usuario solo a efectos de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en que declara estar”¹⁹¹.

Con anterioridad a esta aplicación, varias comunidades autónomas habían desarrollado sus propias aplicaciones sobre autodiagnóstico, como es el caso del “StopCOVID-19” de Cataluña¹⁹², de “CoronaMadrid” de la Comunidad Autónoma de Madrid¹⁹³ y del “COVID-19.eus” de la Comunidad del País Vasco¹⁹⁴. Se trata de aplicaciones de descarga voluntaria y con prestación del consentimiento de los usuarios.

Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA). Para la creación de la aplicación, el Gobierno ha contado con la colaboración técnica de la empresa INDRA.

188 Sobre este tipo de aplicaciones, cfr. el trabajo de ORTEGA, A., *La búsqueda de inmunidad digital frente a la pandemia: eficacia, privacidad y vigilancia*, Documento de trabajo 9/2020, Real Instituto Elcano, 12 de mayo de 2020. Su autor concluye que “este tipo de tecnología no lo resuelve todo, sobre todo sin test masivos, pero puede ayudar mucho en la lucha contra esta pandemia y otras futuras” (p. 20).

189 Por Resolución de 30 de abril de 2020 (Ref. BOE-A-2020-4829) se aprobó el Convenio entre la SEDIA y Telefónica Digital España, SLU, para la operación de la aplicación “ASISTENCIACOV19” en el contexto de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID.

190 La orden aclara a estos efectos que “la aplicación no constituirá (...) un servicio de diagnóstico médico, de atención de urgencias o de prescripción de tratamientos farmacéuticos (...)” y “no sustituirá (...) la consulta de un profesional médico debidamente cualificado”.

191 *Vid.* la página web en la que puede descargarse esta aplicación (app): <https://asistencia.covid19.gob.es>

192 Se trata de la primera comunidad autónoma en desarrollar una aplicación como esta, que se caracteriza por que en su utilización y acceso se requiere el número de la tarjeta sanitaria y, por lo tanto, sus datos están conectados al historial médico de cada persona. Cfr. su disponibilidad en la web: <https://canalsalut.gencat.cat/ca/salut-a-z/c/coronavirus-2019-ncov/stop-covid19-cat/>.

193 Tiene por objetivo establecer estadísticas concretas sobre la incidencia y evolución del COVID-19. *Vid.* la web: <https://coronavirus.comunidad.madrid>. Esta herramienta fue puesta en marcha el 18 de marzo de 2020 para la realización de autoevaluaciones a quienes tuvieran síntomas del COVID-19 y para recibir recomendaciones en caso de dar positivo. Como señala GARCÍA MEXÍA, esta iniciativa –que recoge datos personales y geolocalización en el supuesto de autorizarlo el usuario– acoge el ofrecimiento de las operadoras telefónicas de poner a disposición de las autoridades los datos de localización de los móviles con un fin sanitario; según el mismo autor, resulta “impecable desde el punto de vista de protección de datos”, ya que esta legislación *epidemic-proof* combina perfectamente la privacidad y la lucha contra la epidemia “sin desbaratar ni la una ni la otra”; y se cita la Declaración sobre tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19 del Comité Europeo de Protección de Datos de 19 de marzo de 2020 en la que se dice que tratar datos sobre este brote es “necesario para preservar la salud pública”, aun cuando se trate de datos sensibles como son los de la salud y máxime cuando estamos ante un supuesto de enorme gravedad, e incluso abre la puerta a que las aplicaciones de rastreo permitan determinar la identidad personal siempre que el Estado en cuestión lo previese legislativamente con el fin de “salvaguardar la seguridad pública”, conforme al principio de proporcionalidad y habilitando a los usuarios “el derecho a un recurso judicial” (cfr. la colaboración de GARCÍA MEXÍA, P., “Salud y privacidad: la importancia del ‘frente digital’ en la lucha contra el coronavirus”, *Tribuna de El Confidencial*, 26 de marzo de 2020).

194 Esta aplicación se plantea un triple objetivo: prevenir el contagio actuando como una red social, donde los usuarios pueden añadir a los familiares y amigos; establecer un control y seguimiento de los contagiados; y ser utilizada como herramienta

Sobre esta modalidad de aplicación tecnológica, ha puesto de manifiesto ÁLVAREZ CARO el rol esencial que puede jugar el “rastreo de contactos digital” (*contact tracing*) en la lucha contra el COVID-19 –para el levantamiento de las medidas de restricción de movimientos en la fase de desescalada, como instrumento de mitigación de la difusión del virus y para reducir el impacto económico y sanitario– y que implica el uso masivo de móviles como herramienta clave en la lucha futura contra la pandemia¹⁹⁵. En particular, la tecnología más utilizada es la del Bluetooth *low energy* (BLE) y la modalidad descentralizada que permite una mayor protección de la privacidad (frente a los sistemas de vigilancia a gran escala)¹⁹⁶. Como señala la misma autora, el sistema BLE se adecúa a las recomendaciones de las agencias europeas de protección de datos y de la Comisión Europea; estas han recomendado que este tipo de aplicaciones sean voluntarias, respeten el “principio de minimización de datos” y estén orientadas bajo el principio de transparencia “en relación con los datos que se recaban, la finalidad para la cual se recogen y tratan, con quién se comparten o el tiempo durante el que se retienen”¹⁹⁷.

Para la operatividad de la aplicación “Radar COVID”, ha sido precisa la creación conjunta por Google y Apple de un sistema que se integra en los iPhone y en los teléfonos Android. Estas compañías norteamericanas llegaron a un acuerdo con los gobiernos para facilitarles una “interfaz de programación de aplicaciones” (API) inspirada en el protocolo DP-3T, gracias al cual las apps de rastreo pueden funcionar adecuadamente en la mayoría de los dispositivos telefónicos móviles¹⁹⁸. Según los expertos, para que esta aplicación cumpla efectivamente su función de rastreo, es preciso que un 80% de usuarios de móviles y tabletas lo activaran (lo cual equivale a un 60% de la población total).

Aunque en el mundo asiático una aplicación similar parece haber tenido bastante eficacia, está por ver todavía la utilidad de estas aplicaciones en España, dada la

epidemiológica, detectando las áreas con más casos y aquellas con más curaciones. Cfr. la web: <https://www.euskadi.eus/coronavirus-app-covideus/web01-a2korona/es/>.

195 ÁLVAREZ CARO, M., “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”; *Derecho Digital e Innovación*, n. 5, segundo trimestre de 2020. Cita el ejemplo de Google como herramienta sobre patrones de movilidad y de datos anonimizados y agregados y la iniciativa de Facebook de Data for Good. También recoge los casos de países pioneros en la aplicación de esta herramienta (Taiwán, Corea del Sur y Singapur).

196 ÁLVAREZ CARO, M., “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”; cit. y *loc. cit.*

197 *Ibidem.*

198 El funcionamiento de estas aplicaciones consiste principalmente en que la app de un móvil detecta qué otros móviles con la misma aplicación han estado próximos. Cuando se instala y activa la plataforma, el móvil comienza a emitir claves cifradas –que generan identificadores que cambian pasados entre 10 y 20 minutos– a través del Bluetooth que son aleatorias y no identifican al usuario; a su vez, el dispositivo móvil que tiene activa la aplicación recibe los identificadores que emiten otros dispositivos (*smartphone*) cercanos que tengan la aplicación activa también (a menos de 2 metros de distancia y por un periodo de más de 15 minutos). El intercambio de las claves se guarda en los móviles durante un máximo de 14 días. Si a uno de los usuarios se le diagnostica el coronavirus, las autoridades sanitarias le facilitan un código para que lo introduzca en su aplicación y, a partir de este momento, se enviará una alerta de exposición del virus a todos los móviles que registró el del usuario que ha dado positivo en las últimas dos semanas. No obstante, el aviso no revela quién es el infectado ni el lugar del contacto. En todo caso, para que funcione la aplicación, es necesario que quien ha sido diagnosticado positivamente con el virus lo comunique voluntariamente. El sistema será capaz de decirnos si hemos estado con una persona que ha dado positivo en COVID-19 pero la alerta solo llegará si el contacto ha sido de más de 15 minutos y si durante ese tiempo estuvimos a menos de 2 metros del infectado y, además, solo tendrá en cuenta los contactos registrados en los últimos 15 días.

voluntariedad con que se han diseñado y con las importantes medidas para preservar la privacidad de sus usuarios, cuya movilidad es objeto de estudio a los efectos del seguimiento de la pandemia¹⁹⁹.

4.4.3 Hacia el equilibrio entre las medidas tecnológicas y la protección de la privacidad. Un enfoque desde la salud

La Unión Europea ha querido remarcar la importancia de las tecnologías de la información y la comunicación en la lucha contra la pandemia y, en particular, en lo relativo a las aplicaciones móviles. Así, en primer lugar, la Recomendación (UE) 202/581, de la Comisión de 8 de abril de 2020, se refiere a “un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis del COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados”, poniendo de manifiesto la necesidad de unos principios comunes de orientación en dicha tarea, un enfoque común y coordinado, en que los Estados miembros y las instituciones y organismos de la UE trabajen “de forma conjunta en un auténtico espíritu de solidaridad” (cfr. considerando 1 de la recomendación). El objetivo de la recomendación se recoge en su apartado 1): establecer un “proceso destinado a desarrollar un enfoque común, denominado “conjunto de instrumentos”, con el fin de usar los medios digitales para hacer frente a la crisis” y, en particular, a través de una serie de medidas tecnológicas, pero centrando la atención en los siguientes aspectos:

1º. “Un enfoque paneuropeo para el uso de aplicaciones móviles, coordinado a nivel de la Unión, con el fin de capacitar a los ciudadanos para adoptar medidas de distanciamiento social eficaces y más específicas, así como con el fin de alertar, prevenir y hacer un seguimiento de contactos con miras a limitar la propagación de la enfermedad COVID-19; implicará una metodología para el seguimiento y el intercambio de valoraciones respecto a la eficacia de estas aplicaciones, su interoperabilidad y sus implicaciones transfronterizas, así como en relación con el respeto de la seguridad, la intimidad y la protección de datos.

2º. Un plan común para el uso de datos anonimizados y agregados sobre la movilidad de la población a fin de i) modelizar y predecir la evolución de la enfermedad, ii) controlar la eficacia de la toma de decisiones de las autoridades de los Estados miembros en lo referente a medidas como el distanciamiento social y el confinamiento, y iii) obtener información de cara a una estrategia coordinada para la salida de la crisis de la COVID-19”.

199 Sobre el funcionamiento de esta aplicación, cfr. los artículos de FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Covid-19. Medidas limitativas de derechos. «Arcas de Noé». Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización”, cit.; GARCÍA MARCOS, J., “Geolocalización durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, cit.; y RICHARD GONZÁLEZ, M., “Sobre la inconstitucionalidad de la geolocalización de los ciudadanos mediante el uso de aplicaciones de dispositivos móviles al amparo de la Orden SND 297/2020 dictada en el estado de alarma declarado por el RD 463/2020”, cit., este último autor opina que las medidas de la Orden SND/297/2020 son inconstitucionales y, por lo tanto, nulas de pleno derecho por atentar de forma clara contra los derechos fundamentales (privacidad y libertad de movimientos) y contra el principio de legalidad.

En lo relativo a las aplicaciones móviles, la recomendación incide en la necesidad de proteger la intimidad y los datos derivados de su uso, debiendo respetarse una serie de principios específicos²⁰⁰.

Por lo que se refiere a la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las “orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia del COVID-19 en lo referente a la protección de datos” (2020/C 124 I/01)²⁰¹, en ella se ofrecen a los Estados miembros unas orientaciones “para un uso fiable y responsable de las aplicaciones” que permitan el respeto de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en todo caso, para “limitar la intrusión de las funcionalidades de las aplicaciones para garantizar el cumplimiento de la legislación de la UE en materia de protección de datos personales y de la intimidad” (cfr. apartado 3 de la comunicación).

En el ya citado informe de la AEPD sobre *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID*, a la hora de analizar –desde la perspectiva de la garantía de la privacidad– las diferentes modalidades tecnológicas utilizadas para combatir la pandemia, destaca la necesidad de que estas “se encuentren integradas en el marco de una estrategia de medidas jurídicas y organizativas realistas, eficaces, basadas en criterios científicos, legítimas y proporcionales”²⁰². Y, para determinar si las medidas son “proporcionales”, se lleva a cabo en cada una de ellas un “análisis coste-beneficio” para la sociedad y para los derechos y libertades del individuo; un equilibrio entre el beneficio que se obtiene de los datos de salud y la lucha contra la propagación de la infección por coronavirus y, de otra parte, el coste que para las libertades y la privacidad de los ciudadanos puede conllevar cada tecnología utilizada²⁰³.

En opinión de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, al señalar que “el COVID pone de manifiesto las virtudes y carencias del sistema de protección de datos de la UE”, subraya que el marco muy tuitivo de la garantía de protección de datos plantea “inconvenientes cuando no se modula desde el enfoque funcional de la salud pública”²⁰⁴. Según el

200 En su apartado 16), la recomendación recoge los principios que deben respetarse en el uso de las aplicaciones móviles de alerta y prevención sobre el COVID-19: 1. salvaguardias que garanticen el respeto de los derechos fundamentales y eviten la estigmatización, en particular las normas aplicables en materia de protección de los datos personales y la confidencialidad de las comunicaciones; 2. preferencia por el uso de las medidas menos intrusivas pero eficaces, como el uso de datos de proximidad y evitar el tratamiento de datos relativos a la localización o los movimientos de personas, así como el uso de datos anonimizados y agregados cuando sea posible; 3. requisitos técnicos relativos a las tecnologías adecuadas (por ejemplo, Bluetooth de baja energía) para establecer la proximidad del dispositivo, el cifrado, la seguridad de los datos, el almacenamiento de datos en el dispositivo móvil, el posible acceso de las autoridades sanitarias y el almacenamiento de datos; 4. requisitos de ciberseguridad efectivos para proteger la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos; 5. la expiración de las medidas adoptadas y la supresión de los datos personales obtenidos a través de estas medidas a más tardar cuando se declare que la pandemia se encuentra bajo control; 6. la carga de datos de proximidad en caso de contagio confirmado y métodos adecuados de alerta a las personas que hayan estado en estrecho contacto con la persona contagiada, que seguirá manteniendo el anonimato, así como: 7. requisitos de transparencia sobre la configuración de privacidad para garantizar la confianza en las aplicaciones”.

201 Comunicación publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 17 de abril de 2020.

202 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*, cit. p. 3.

203 *Ibidem*. En la misma dirección, cfr. la colaboración de CANALES, M.P., “Tecnología contra la pandemia: derechos fundamentales mucho más que daño colateral”, www.derechosdigitales.org.

204 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *Diario La Ley*, n. 9640, 30 de marzo de 2020.

mismo autor, teniendo en cuenta los hechos (la necesidad creciente de procesar datos sobre salud, tanto para la asignación estratégica de medios y recursos como para resolver diferentes problemas en la gestión de los servicios sanitarios), la clave está en la “ponderación de los derechos” en juego: “ponderar el potencial impacto en los derechos que garantizan la vida privada de las personas y otros instrumentos relacionados con los fines de protección de la salud”²⁰⁵. Asimismo, se precisa un “juicio de proporcionalidad” en la medida en que los derechos fundamentales se configuran como derechos ilimitados y es posible la legitimidad de la injerencia en el derecho a la vida privada “desde un juicio basado en la idoneidad y la necesidad de la medida, aunque orientado bajo el principio de “mínima intervención”²⁰⁶.

Para resolver las dudas concretas que plantea el tratamiento de los datos de salud y con el fin de evitar posibles abusos, el Comité Europeo de Protección de Datos pone de manifiesto, sobre la base del artículo 15 de la Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer medidas legislativas en pro de la seguridad nacional y pública²⁰⁷. De acuerdo con el artículo 9 de la Directiva 2002/58/CE, el tratamiento de los datos de localización solo pueden tratarse si son anónimos o previo consentimiento de los usuarios o abonados, pero el artículo 15 de la misma directiva admite ciertas excepciones siempre que se trate de medidas proporcionadas y apropiadas a los fines de seguridad nacional²⁰⁸. En definitiva, concluye MARTÍNEZ MARTÍNEZ que la limitación del derecho fundamental a la protección personal de datos de salud o de localización con fines epidemiológicos encontraría su fundamento en la protección de intereses vitales del interesado u otra persona física (art. 6.2.c) RGPD) y en el deber de colaboración de los operadores al amparo de la Ley orgánica 3/1986 (sobre medidas de control de enfermos)²⁰⁹. No obstante, el mismo autor advierte que las posibilidades abiertas por el ordenamiento en el tratamiento de datos de salud que, en la actualidad, vienen exigidos por la gestión del COVID, por su proceso de investigación clínica acelerado y la transferencia inmediata de herramientas, va a requerir el apoyo a las autoridades sanitarias de expertos en protección de datos que, a la vez, están aliados en la guerra contra la enfermedad²¹⁰.

205 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, cit. y *loc. cit.* Sin olvidar que el derecho a la salud está relacionado con otros valores como la dignidad humana y los derechos a la vida y a la seguridad (cfr. arts. 15 y 17 de la CE).

206 Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *op. y loc. cit.* Para aplicar tal juicio de proporcionalidad, el autor recoge los fundamentos jurídicos en que resulta posible limitar los derechos relacionados con la vida privada, desde el Reglamento UE 2016/679 (su considerando 46º. y los arts. 6.2.c), d), y e), y 9.2.c), g), h) y i), así cómo la normativa española (art. 26 de la LGS 14/1986; arts. 9 de la Ley 33/2011; y disp. adicional 17ª., párrafo 2º., c) de la Ley orgánica 3/2018).

207 *Ibidem.*

208 *Ibidem.*

209 *Ibidem.*

210 *Ibidem.*

5 Reflexión final: aprender de la crisis

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar que, desde el punto de vista jurídico, al menos formalmente, el ordenamiento jurídico vigente y, particularmente, el grupo normativo de la salud pública prevén los elementos imprescindibles para hacer valer el derecho a la información sanitaria, incluso en tiempos de pandemia. Sin embargo, en la práctica, en lo que hemos observado desde la declaración del estado de alarma, el sistema de información no ha funcionado con regularidad y ha presentado fallos de considerable importancia, como, por ejemplo, el relativo a la contabilización real de los fallecidos y afectados por el COVID-19 y la coordinación entre la Administración general del Estado y las instituciones autonómicas del sector de la sanidad pública.

Está claro que la crisis sanitaria que estamos experimentando no es fácil de gestionar por las enormes incertidumbres que sobrevuelan sobre el coronavirus y sus consecuencias –en muchos casos trágicas, con pérdida de vidas humanas–, pero es una gran oportunidad para “aprender de los errores” (y aprender de quienes mejor lo han hecho) y promover las reformas que sean precisas, también en el campo del ordenamiento jurídico de la información sanitaria. A mi juicio, teniendo en cuenta los aspectos que hemos tratado en el apartado 4 de este trabajo, ante la “débil preparación de nuestro país ante la pandemia”, como recomiendan los científicos firmantes en la referida revista *The Lancet*, es importante entender “qué ha salido bien y qué ha salido mal” y ponerlo en manos de una entidad independiente.

En todo caso, es necesario promover un “gobierno abierto y cognitivo” que se apoye sólidamente en los expertos que deben aportar su conocimiento en los campos más relevantes (epidemiología, gestión de datos, comunicación pública, ciencias del comportamiento, etc.). Como señala INNERARITY, “la inteligencia humana debe su supervivencia a la ‘inteligencia adaptativa’”²¹¹ y, con toda la experiencia acumulada en estos meses, estamos obligados a adaptar nuestras instituciones para escenarios como el que hemos vivido.

Aunque procedente de otro ámbito geográfico y político, las recomendaciones del profesor D. FARBER, de la Universidad de Berkeley, me parecen muy aprovechables para nuestro entorno: un liderazgo efectivo en el gobierno, el indispensable asesoramiento de los expertos, una información accesible y confiable, la participación en la gestión de los gobiernos subestatales e, incluso, en tiempos de aparente tranquilidad, no descuidar la gestión de los riesgos²¹².

211 INNERARITY, D., *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, cit., en su capítulo 10 sobre “aprender de la crisis”.

212 Cfr. FARBER, D., “Pandemic Lessons in Governance”, *Blog Legal Planet*, 20 de agosto de 2020. Acceso web: <https://legal-planet.org/2020/08/20/governance-lessons-from-thepandemic/>. Con relación a la gestión de riesgos, el profesor A. ALLEMANO escribe en el número especial de la *European Journal of Risk Regulation*, sobre el COVID-19, un interesante artículo sobre la oportunidad que el COVID-19 ofrece para reflexionar acerca de la gestión de los riesgos sanitarios (ALLEMANO, A., “Taming COVID-19 by regulation: an opportunity for Self-reflection”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, special issue 2, junio 2020, pp. 187-194).

Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*, mayo de 2020. Acceso web: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>.
- ALLEMANO, A., “Taming COVID-19 by regulation: an opportunity for Self-reflection”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, special issue 2, junio 2020.
- ÁLVAREZ CARO, M., “Privacidad y protección de datos en el rastreo de contactos para la lucha contra el COVID-19”, *Derecho Digital e Innovación*, n. 5, sección doctrina, segundo trimestre de 2020.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Privacidad, geolocalización y aplicaciones de rastreo de contactos en las estrategias de salud pública generada por la COVID-19”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, mayo 2020.
- ARENAS RAMIRO, M., “¿Testing, Tracing, Isolation? A propósito de las Directrices 04/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos”, *La Ley Privacidad*, segundo trimestre de 2020.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 3, n. 1, enero-diciembre de 1995.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Información y transparencia en la gestión del COVID-19: balance crítico”, *Derecho y Salud*, vol. 30, n. 1, enero-junio de 2020.
- CAMPUS SANOFI, “La tecnología en la lucha frente a la COVID-19”, *eProfessionals*, 8 de mayo de 2020.
- CANALES, M.P., “Tecnología contra la pandemia: derechos fundamentales mucho más que daño colateral”, www.derechosdigitales.org.
- CANEL, M.J., “Cinco factores en los que Sánchez se juega la nota del examen Covid-19”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020.
- CHAVES GARCÍA, J.R., “La transparencia amordazada”, *Blog de la Justicia*, 15 de mayo de 2020.
- CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- COLOMINA, C., “Coronavirus: infodemia y desinformación”, *CIDOB-Opinión 613*, marzo de 2020.
- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión*, 8 de abril de 2020.
- COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*, 19 de marzo de 2020.
- CONSEJO DE EUROPA, *La IA y el control del coronavirus Covid-19*, Comité de Inteligencia Artificial, 2020.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Brote de COVID-19 por coronavirus: Síntesis, Cronología, Lucha contra la desinformación*, 2020.
- CORRAL HERNÁNDEZ, D., “La huella del coronavirus en los medios de comunicación”, *bie3: Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 18, 2020.

- CORTÉS GARCÍA, M., *El Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. Marco conceptual y estratégico*, presentación de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, Madrid, 20 de noviembre de 2012. Acceso web: <https://docplayer.es/34131043-Funciones-del-ccaes-marco-normativo-mar-ta-cortes-garcia-madrid-20-noviembre-2012.html>.
- COSTA-SÁNCHEZ, C. y LÓPEZ-GARCÍA, X., “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, *El profesional de la información*, vol. 29, n. 3, 2020.
- COTINO HUESO, L., “Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra el Covid-19 y contra la privacidad. El diablo está en los detalles”, *Publicación del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, n. 36, 23 de abril de 2020.
- CRESPO, I. y GARRIDO, A., “La pandemia del coronavirus: estrategias de comunicación de la crisis”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020.
- CYPRIAN (Cibersecurity, Privacy and Anonymity Lab 01), “Abriendo la caja de Pandemia: por qué necesitamos repensar el rastreo digital de contactos”, *Blog Gradient*, mayo de 2020. Acceso web: <https://www.gradient.org/blog/covid19-rastreo-contactos/>
- DESANTES GUANTER, J.M., “La información en los estados de alarma, excepción y sitio”, *Gobierno y administración en la Constitución*, vol. 1, n. I, 1988.
- DOMENECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. extraordinario, marzo-abril de 2020.
- ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis del COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020.
- FARBER, D., “Pandemic Lessons in Governance”, *Blog Legal Planet*, 20 de agosto de 2020. Acceso web: <https://legal-planet.org/2020/08/20/governance-lessons-from-thepandemic/>.
- FRÍAS MARTÍNEZ, E., “Covid-19. Medidas limitativas de derechos. “Arcas de Noé”. Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización”, *Diario La Ley*, n. 9619, 23 de abril de 2020.
- FUNDACIÓN DR. ANTONIO ESTEVE y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMUNICACIÓN CIENTÍFICA, *Epidemiología para periodistas y comunicadores*, Barcelona, 2015.
- GARCÍA, A. “La transparencia se resiente en tiempos de coronavirus”, *Blog Jurídico de Expansión Hay Derecho*, 18 de abril de 2020.
- GARCÍA-BASTEIRO, A., ÁLVAREZ-DARDET, C., BENGOA, R., BORREL, C., DEL VAL, M., *et al.*, “The need for an independent evaluation of the COVID-19 response in Spain”, *The Lancet*, 6 de agosto de 2020.
- GARCÍA MARCOS, J., “Geolocalización durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Diario La Ley*, n. 9631, 13 de mayo de 2020.
- GARCÍA MEXÍA, P., “Salud y privacidad: la importancia del “frente digital” en la lucha contra el coronavirus”, *Tribuna de El Confidencial*, 26 de marzo de 2020.
- GARCÍA MEXÍA, P., “La censura no cura el coronavirus”, *El Confidencial*, 26 de abril de 2020. Acceso web: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-04-26/censura-no-cura-coronavirus_2566380/.

Regap



ESTUDIOS

- GRANT THORNTON, *Perspectiva del COVID-19. Tecnología e innovación contra el coronavirus*, abril de 2020.
- GUTIÉRREZ-RUBÍ, A. y PONT SORRIBES, C. (dirs.), *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Catedra Ideograma-Universidad Pompeu Fabra de Comunicación Política y Democracia, Barcelona, abril de 2020. Acceso web: <https://www.upf.edu/documents/220602201/233560922/Definitiu+Comunicación+Coronavirus/1c1d3def-34ae-fe5d-0019-ef40c936boe3>.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La lucha por la transparencia durante el Estado de Alarma”, *Diario La Ley*, n. 9646, 2020.
- INNERARITY, D., *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, edición digital, Galaxia Gutemberg, Madrid, 2020.
- KLEIS NIELSEN, R. y FLETCHER, R., *Navegando la «infodemia»: así consume y califica las noticias y la información sobre coronavirus la gente en seis países*, Reuters Institute, Universidad de Oxford. Acceso web: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/navegando-la-infodemia-asi-consume-noticias-e-informacion-sobre-coronavirus-espana-argentina-otros-paises>.
- LLANERAS, K., “Los problemas de usar datos del siglo pasado para una pandemia del siglo XXI. El Gobierno español ha sido incapaz de proporcionar números claros durante la crisis”, *Informes periodísticos de EL PAIS sobre “El Libro Blanco de la Pandemia”*, 21 de junio de 2020.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *Diario La Ley*, n. 9604, 30 de marzo de 2020
- MARZO PORTERA, A., “El tratamiento de datos personales de datos de contagiados y sospechosos para la vigilancia epidemiológica en la nueva normalidad”, *Blog “Hay Derecho” - Expansión*, 21 de mayo de 2020. Acceso web: <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/21/el-tratamiento-de-datos-personales-de-contagiados-y-sospechosos-para-la-vigilancia-epidemiologica-en-la-nueva-normalidad/>.
- MÁS PODER LOCAL (magazine), *Número especial sobre “La comunicación política en tiempos de pandemia: el impacto del COVID-19”*, n. 41, abril de 2020.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013.
- McINTYRE, L.C., *Posverdad*, Cátedra, Madrid, 2018.
- MESTRE DELGADO, J.F., “La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID-19)”, *Boletín Informativo del INAP La Administración al día*, 29 de marzo de 2020.
- MINISTERIO DE SANIDAD, *Plan de transición hacia la nueva normalidad*, 28 de abril de 2020.
- MINISTERIO DE SANIDAD, “Estrategia de Detección Precoz, Vigilancia y Control del COVID-19”, 25 de septiembre de 2020. Acceso web: https://www.msccbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf.

- MUÑOZ MACHADO, J., “Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de Internet”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020.
- NAVAL PARRA, M.C., “La protección de datos personales en la lucha contra la propagación del Coronavirus”, *Diario La Ley*, n. 9638, sección tribuna, 22 de mayo de 2020.
- NAVAS NAVARRO, S., “Aspectos jurídicos de las aplicaciones móviles de salud (apps sanitarias y wearables)”, *Diario La Ley*, 14 de mayo de 2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Comunicación de riesgos en emergencias de salud pública. Directrices de la OMS sobre políticas y prácticas para la comunicación de riesgos en emergencias* (CRE), OMS, 2018.
- ORTEGA, A., *La búsqueda de inmunidad digital frente a la pandemia: eficacia, privacidad y vigilancia*, Documento de trabajo 9/2020, Real Instituto Elcano, 12 de mayo de 2020.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., “COVID-19: Un desafío para la protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, mayo 2020.
- PALMA OLIVA, M., “Pandemia y protección de datos: guía básica”, *ElDerecho.com*, sección tribuna, 14 de abril de 2020.
- PARK, M., NELSON, J., TEJERINA, L. y BAGOLLE, A., *Detección, prevención, respuesta y recuperación con tecnología digital. Evidencias de la aplicación de intervenciones digitales en emergencias de salud pública pasadas, presentes y futuras*, División de Protección Social y Salud, Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. Acceso web: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Deteccion-preencionrespuesta-y-recuperacion-con-tecnologia-digital-Evidencias-de-la-aplicacion-de-intervencionesdigitales-en-emergencias-de-salud-publica-pasadas-presentes-y-consideraciones-para-las-futuras.pdf>
- PEYTIBI, X., “En momentos de incertidumbre, es la hora de los Gobiernos: 10 necesidades en comunicación de crisis”, *Comunicación política en tiempos de coronavirus*, Cátedra Ideograma-UPF, Barcelona, 2020.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”, Blanquer Criado, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PONCE SOLÉ, J., “Respuestas frente a la pandemia de COVID-19: ciencias del comportamiento, derecho público y gestión pública”, *Blog del CEPC*, 25 de mayo de 2020.
- PRESNO LINERA, M.A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (3): la emisión y recepción de información”, *Blog “Del derecho y el revés”*, 31 de marzo de 2020. Acceso web: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/31/coronavirus-sars-cov-2-y-derechosfundamentales-3-la-emision-y-recepcion-de-informacion/>.
- PRIOR, H., “Comunicación pública del riesgo en tiempos de pandemia: respuestas de Portugal a la Covid-19”, *Más Poder Local*, n. 41, 2020.

Regap



ESTUDIOS

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Sobre la inconstitucionalidad de la geolocalización de los ciudadanos mediante el uso de aplicaciones de dispositivos móviles al amparo de la Ordena SND 297/2020 dictada en el Estado de Alarma declarado por el RD 463/2020”, *Diario La Ley*, n 9643, sección tribuna, 1 de julio de 2020.

ROMERO, G.V., “El virus de la desinformación”, *INFOBAE*, 28 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.infobae.com/america/opinion/2020/04/28/el-virus-de-la-desinformacion/>

SANZ LARRUGA, F.J., “El COVID-19, información sanitaria y «fake news»”, *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, n. 18, 2020.

SANZ LARRUGA, F.J., “Corrupción y sistema democrático: libertades informativas y lucha contra la desinformación”, *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Transparencia y publicidad activa: COVID-19 y el estado de alarma en España*, Madrid, mayo 2020.

TRIAS-LLIMÓS, S., ALUSTIZA, A., PRATS, C., TOBIAS, A. y RIFFE, T., “The need for detailed COVID-19 data in Spain”, *The Lancet*, vol. 5, n. 11, 2020.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 369-400
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4646>
© José Antonio Rodríguez Míguez
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Pandemia, axudas de Estado e axudas aos Estados: o reto da eficiente asignación de recursos públicos en tempos de crise

Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los Estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis

60 Regap

Pandemic, State aid and aid to the States: the challenge of efficient allocation of public resources in times of crisis

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

Subdirector general de Investigación
Comisión Gallega de la Competencia
Instituto Gallego de Consumo y de la Competencia
<https://orcid.org/0000-0003-2032-5753>
jarmiguez@gmail.com

Resumo: A actual crise sitúanos nunha encrucillada histórica decisiva. O obxectivo deste traballo é ofrecer unha visión dos instrumentos deseñados para facerlle fronte en materia de axudas estatais e de axudas europeas aos Estados e a súa incidencia no funcionamento competitivo dos mercados.

Para iso abordaremos primeiro o marco temporal baixo o que a Comisión Europea está disposta a aceptar a compatibilidade de determinadas axudas estatais. A continuación, os instrumentos financeiros excepcionais deseñados pola UE para reforzar e estimular a economía europea. Finalmente, e como necesario corolario, recordaremos as pautas básicas que deberán ter en conta as administracións e operadores para deseñar as súas axudas e proxectos eficientes e desde a perspectiva da competencia.

Palabras clave: axudas de Estado, marco temporal, fondos europeos, Next Generation EU, mecanismo de recuperación e resiliencia (MRR).

1 Doctor en Derecho. Las opiniones expresadas en el presente trabajo son estrictamente personales del autor y no reflejan, necesariamente, la opinión del organismo en el que presta sus servicios.

Resumen: La actual crisis nos sitúa en una encrucijada histórica decisiva. El objetivo del presente trabajo es ofrecer una visión de los instrumentos diseñados para hacerle frente en materia de ayudas estatales y de ayudas europeas a los Estados y su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados. Para ello abordaremos primero el marco temporal bajo el que la Comisión Europea está dispuesta a aceptar la compatibilidad de determinadas ayudas estatales. A continuación, los instrumentos financieros excepcionales diseñados por la UE para reforzar y estimular la economía europea. Finalmente, y como necesario corolario, recordaremos las pautas básicas que deberán tener en cuenta las administraciones y operadores para diseñar sus ayudas y proyectos eficientes y desde la perspectiva de la competencia.

Palabras clave: ayudas de Estado, marco temporal, fondos europeos, Next Generation EU, mecanismo de recuperación y resiliencia (MRR).

Abstract: This crisis places us at a decisive historical crossroads. The objective of this paper is to offer a vision of the instruments designed to deal with it in matters of state aid and European aid to the States and their impact on the competitive functioning of markets.

Consequently, we will first address the temporal frame under which the European Commission is willing to accept the compatibility of certain state aid. Then the exceptional financial instruments designed by the EU to strengthen and stimulate the European economy. And finally, and as a necessary corollary, we will recall the basic guidelines that Administrations and operators must take into account to design their aid and efficient projects and from the perspective of Competition.

Key words: state aid, temporary framework, European Funds, Next Generation EU, Recovery and Resilience Facility (RRF).

SUMARIO: 1 El derecho de la competencia como necesaria respuesta a una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes. 2 El Marco Temporal y excepcional para las ayudas estatales en el contexto del actual brote de COVID-19. 2.1 La flexibilización del marco general que es su base jurídica. 2.2 Potenciales beneficiarios. 2.3 Líneas de actuación preferente. 2.4 Examen de las principales características de cada una de estas concretas medidas. 2.4.1 Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas. 2.4.2 Ayudas a la inversión vinculada a la lucha contra la COVID. 2.4.3 Ayudas sociales. 2.4.4 Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas. 2.5 El necesario control de las medidas autorizadas. 3 Las ayudas europeas a los Estados miembros: el instrumento de emergencia único (NGEU) y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). 3.1 El futuro Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR); la propuesta de reglamento. 4 El decisivo papel de las administraciones públicas para diseñar ayudas estatales y proyectos europeos de forma eficiente. 5 Reflexión final.

1 El derecho de la competencia como necesaria respuesta a una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes

Nadie puede negar hoy que la actual pandemia ha creado una crisis sanitaria sin precedentes próximos en materia de salud pública que ha puesto en una situación no menos excepcional a la economía mundial. También puede considerarse pacífica la afirmación de que, en este caso, la demanda y la oferta de bienes y servicios en general se ha visto afectada de manera sensible, contrayéndose la primera y prácticamente paralizándose la segunda; ello es así, salvo para algunos concretos bienes y servicios cuya demanda sí se ha disparado, haciendo que la oferta de esos concretos bienes y servicios alzara sus precios a causa, precisamente, de la elevada demanda y

de la reducción, al menos inicial, de la oferta, provocándose una grave distorsión del funcionamiento normal de los mercados.

Es por ello lógico que el derecho de la competencia, cuya misión básica es precisamente garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados, deba ser uno de los principales instrumentos para garantizar en circunstancias tan excepcionales el beneficio de los consumidores y el restablecimiento del funcionamiento normal de los mercados.

El presente trabajo pretende ofrecer, en consecuencia, en esta singular encrucijada histórica, una visión de los instrumentos diseñados para afrontarla, centrada en los instrumentos diseñados o todavía pendientes de configurar, tanto en materia de ayudas estatales como de ayudas a los Estados, plenamente conscientes de su singular importancia no solo para superar la crisis, sino también para afrontar los retos inmediatos a los que Europa debe hacer frente, y todo ello sin que las condiciones de competencia se vean todavía más alteradas.

Desde esta perspectiva, expondremos de forma sencilla y concisa, primero, el marco temporal y excepcional bajo el que la Comisión Europea está dispuesta a aceptar la compatibilidad de determinadas ayudas estatales; en segundo término, los instrumentos financieros europeos igualmente excepcionales diseñados por la Unión Europea para reforzar y estimular la economía europea, a partir de una serie de prioridades que ya estaban establecidas como objetivos estratégicos, en el nuevo “instrumento de emergencia único” impulsado por la Comisión Europea bajo el nombre de “Next Generation EU” (NGEU), dentro del nuevo marco presupuestario plurianual (2021-2027) y, dentro del mismo, en el denominado “Mecanismo de Recuperación y Resiliencia” (MRR), cuya aprobación definitiva aún no se ha producido, a través del que se pretende aportar ayuda financiera a los Estados miembros más afectados por la crisis (entre ellos España).

Como necesario corolario de lo anterior, expondremos también en un tercer apartado las pautas básicas que deberán tener en cuenta las administraciones públicas y los agentes privados que las demandan, tanto para diseñar sus ayudas estatales como para elaborar los proyectos que se desee que puedan financiarse con cargo a los recursos puestos a disposición por la Unión Europea a través del citado instrumento de emergencia único y, más en concreto, del MRR.

En este contexto, consideramos necesario apuntar igualmente la importancia de la continuación de los trabajos que está llevando a cabo la Comisión Europea para diseñar mecanismos efectivos a partir de la reciente publicación del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el Mercado Único”², para someter a algún tipo de control las ayudas o subvenciones que, procedentes de terceros países, afectan a la competencia en el mercado interior, ante la ineficiencia que están demostrando tener las reglas contenidas en el “Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias”

2 Nos referimos al proceso iniciado con la publicación del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”, cuya consulta pública terminó el 23 de septiembre de 2020. Acerca de este fundamental documento y su estado actual de desarrollo, *vid.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1070.

(ASMC), aprobado en el marco de la Organización Mundial del Comercio o OMC³ (WTO, por su sigla en inglés).

2 El Marco Temporal y excepcional para las ayudas estatales en el contexto del actual brote de COVID-19

Al igual que hiciera a partir de 2008 con el denominado “Paquete bancario” aprobado por la Comisión Europea a raíz del estado de la crisis financiera⁴, la Comisión Europea ha tomado nuevamente y de forma más ágil un papel activo, adoptando un marco temporal excepcional para exponer bajo qué condiciones está dispuesta a aceptar la compatibilidad de determinadas ayudas estatales que, en otras circunstancias, no habría autorizado. Este marco es la norma básica para poder conceder ayudas autorizables por la Comisión Europea en el actual contexto de crisis, que se añade a las que pudieran acogerse en su caso ya a la regla *de minimis*⁵ o el Reglamento general de excepción por categorías⁶, que desarrolla, como veremos, algunos supuestos excepcionales derivados de catástrofes naturales. Veamos cuál es su base jurídica, sus beneficiarios y las ayudas autorizables.

2.1 La flexibilización del marco general que es su base jurídica

El necesario punto de partida de nuestro análisis es que el propio sistema general de control sobre las ayudas estatales diseñado en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) está dotado de mecanismos propios que permiten que se adapte a circunstancias tan excepcionales como las de 2008 o las

3 Acerca del régimen de las subvenciones en la OMC, *vid.* LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006. Y, para un estudio monográfico de la noción de subvención en el ámbito de la OMC, expuesto comparativamente con la noción de ayuda estatal, nos remitimos, principalmente, a RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

4 Entre otros, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 117, enero-marzo, 2010, pp. 161 a 190; y “Ayudas a la banca y crisis financiera en España”, *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 545 a 559. Para conocer el contenido de las comunicaciones aprobadas por la Comisión desde 2007 para ayudar al sector financiero, *vid.* https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html.

5 La regla *de minimis* en materia de ayudas de Estado fue admitida en primer lugar por la jurisprudencia, y la Comisión comenzó a aplicarla adoptando inicialmente un instrumento de *soft law*, las Directrices comunitarias sobre la norma *de minimis* para las ayudas estatales (DO C 68, de 6 de marzo de 1996, p. 9), hasta disponer de habilitación normativa para la adopción de reglamentos por parte de la Comisión. En la actualidad la regla *de minimis* se contiene en el Reglamento (UE) n. 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (DO L 352, de 24 de diciembre de 2013, p. 1).

6 Cfr. Reglamento (UE) n. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187, de 26 de junio de 2014, p. 1). La versión consolidada se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10>. Asimismo, *vid.* Reglamento (UE) n. 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193, de 1 de julio de 2014, p. 1) y Reglamento (UE) n. 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 369, de 24 de diciembre de 2014, p. 37).

actuales derivadas de la pandemia. No estamos, en consecuencia, ante un aparcamiento o desbordamiento práctico de las normas europeas sobre ayudas estatales, sino ante una aplicación flexible de las mismas a un contexto de crisis de gran magnitud, que se ampara plenamente en las reglas ya existentes. Ello es especialmente relevante, pues tanto en su día el paquete bancario como el actual paquete COVID respetan el marco general vigente, cuya flexibilidad intrínseca permite que sea aplicable a circunstancias muy diferentes sin tener que obviarlo o subvertirlo.

De este modo, el 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó la primera versión de su Comunicación titulada “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19”⁷ (en adelante, MTAE⁸), cuya actual redacción incorpora las modificaciones introducidas a través de cuatro revisiones sucesivas: efectuadas el 3 de abril de 2020⁹ (1RMTAE), el 8 de mayo de 2020¹⁰ (2RMTAE), el 2 de julio de 2020¹¹ (3RMTAE) y finalmente, al menos hasta la fecha, el 13 de octubre 2020¹² (4RMTAE), revisión esta última que incorporó una nueva modalidad de ayuda y amplió de forma generalizada los plazos de las ayudas ya previstas.

La flexibilidad del sistema general reside en el hecho de que el marco legal general, aunque parte de una prohibición general, que se recoge en el artículo 107.1 TFUE, de cualquier medida que reúna las condiciones enunciadas en dicho precepto, dicha regla general se combina con un doble juego de excepciones cuya aplicación corresponde en exclusiva a la Comisión Europea, a la que se dota de mayor o menor grado de discrecionalidad (más limitada en las del artículo 107.2 TFUE, pues se reduce a verificar los supuestos de hecho previstos en él; y más amplia en las recogidas en el artículo 107.3 TFUE, en las que el supuesto de hecho son, en realidad, “conceptos jurídicos indeterminados” cuya apreciación corresponde a la propia Comisión Europea apreciar

Regap



ESTUDIOS

-
- 7 DO C 91, de 20 de marzo de 2020, p. 1. Casi al mismo tiempo la Comisión aprobó también la comunicación “Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19”, relativa a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE (DO C 116, de 8 de abril de 2020, p. 7). En este contexto y desde una perspectiva internacional debemos destacar también el “ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic” (Acceso web: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>) y “OECD competition policy responses to COVID-19” (Acceso web: <https://www.oecd.org/competition/competition-policy-responses-to-covid-19.htm>). Acerca de lo que es lícito, desde una perspectiva general, en materia de acuerdos entre empresas, *vid. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá-Colombia, 2020, pp. 155 a 182.
- 8 La versión consolidada “no oficial” del MTAE puede consultarse en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_es.pdf.
- 9 DO C 112I, de 4 de abril de 2020, p. 1.
- 10 DO C 164, de 13 de mayo de 2020, p. 3.
- 11 DO C 2018, de 2 de julio de 2020, p. 3. Esta tercera revisión del MTAE (3RMTAE) entró en vigor el 29 de junio de 2020. Esta revisión es comentada por NICOLAIDES, Ph., “Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines”, *State Aid Uncovered*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-geber-de-minimis-regulation-and-guidelines/> y por WILSON, T., GNATZY, P. y CRANLEY, S., “The EC’s third amendment to the State aid Temporary Framework”, *Kluwer Competition Law Blog*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>.
- 12 DO C 340I, de 13 de octubre de 2020, p. 1. Los 20 primeros puntos de esta comunicación son un diagnóstico de la situación a octubre de 2020.

basándose en apreciaciones más amplias y determinables caso a caso)¹³. Por ello, la prohibición general se considera, más bien, como una “incompatibilidad de principio”.

Así, 1) en el artículo 107 TFUE se formula un “concepto de ayuda estatal” bastante abierto y que exige la concurrencia de cada uno de los elementos propuestos, cuyo alcance ha ido siendo precisado por la jurisprudencia europea, conforme al cual:

“1. Salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

En esta primera etapa se trata de valorar si una concreta medida puede o debe ser reputada como ayuda estatal (test de la existencia de ayuda estatal).

Tras dicha determinación, si la medida es considerada ayuda estatal, se inicia una 2.ª fase en la que se valora su eventual compatibilidad (test de la compatibilidad), distinguiéndose entre las excepciones denominadas “automáticas” o *per se*, que se enumeran en el artículo 107.2 TFUE, con el siguiente tenor:

“2. Serán compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra”.

Junto a estas primeras excepciones, el artículo 197.3 recoge otro elenco con las que se conocen como “facultativas” o “discrecionales”, cuya redacción, más abierta, permite a la Comisión actuar con mayor capacidad de adaptación a las circunstancias concretas que se le presenten. Así, se afirma:

“3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

13 Acerca de las excepciones a la regla general de incompatibilidad, *vid.* URRACA CAVIEDES, C., “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 243 a 279.

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión”.

Como ocurriera durante la crisis financiera, la Comisión va a apoyar la flexibilización del marco general de las ayudas estatales para autorizar medidas excepcionales inicialmente (en la primera versión de su MTAE) en las posibilidades que ofrecen los artículos 107.2.b) TFUE (“las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional”)¹⁴ y el artículo 107.3.b) TFUE (la “grave perturbación de la economía de un Estado miembro”), ampliando su base legal y las posibilidades de excepción ya en la primera y casi inmediata primera revisión del MTAE, invocando además la excepción del artículo 107.3.c) TFUE (“las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”).

Regap



ESTUDIOS

2.2 Potenciales beneficiarios

Las ayudas cuya compatibilidad la Comisión está dispuesta a admitir de manera temporal y excepcional en el MTAE tienen como destinatarios potenciales a un amplísimo abanico de beneficiarios que se extiende a todas las empresas no financieras de todos los sectores, tipos y tamaños¹⁵, si bien en las sucesivas revisiones se ha decidido favorecer de modo especial dando un trato preferencial a las pequeñas y medianas empresas (pymes¹⁶), incluyendo de forma expresa en alguna de las medidas a las “microempresas” y a los autónomos. No obstante, como veremos, alguna de las medidas, concretamente las medidas de recapitalización autorizables desde la segunda revisión del MTAE (2RMTAE), especialmente las que puedan otorgarse de forma individual, tienen con toda certeza como destinatarios directos a grandes empresas, como la práctica ha venido a demostrar.

La amplitud de potenciales beneficiarios que sugiere esa afirmación general que procede de la versión original del MTAE es, no obstante, matizada posteriormente ya en el MTAE original al exigir que las empresas potencialmente beneficiarias no

14 Esta excepción no fue invocada en 2008, pues la crisis no obedecía a los supuestos que prevé expresamente.

15 En el punto 3 MTAE, desde su versión original se afirma que, “(...) Más allá de los efectos inmediatos en la movilidad y el comercio, el brote de COVID-19 está afectando de manera creciente a empresas de todos los sectores y de todo tipo, tanto a pequeñas y medianas empresas (pymes) como a grandes empresas. El impacto también se percibe en los mercados financieros mundiales, en particular en lo que se refiere a la liquidez. Estos efectos no se circunscribirán a un Estado miembro concreto; tendrán un impacto negativo en la economía de la Unión en su conjunto”.

16 Según se define en el anexo I del Reglamento (UE) n. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, DO L 187, de 26 de junio de 2014, p. 1.

se hallasen en “crisis” a 31 de diciembre de 2019, constituyendo este extremo, el de “empresa en crisis”, como apuntan entre otros, NICOLAIDES¹⁷ y BUENDÍA¹⁸, uno de los aspectos más delicados y controvertidos de todo el documento, hasta el punto de haber tenido que modificar la redacción inicial del texto ya en su primera revisión, del 3 de abril de 2020¹⁹ (1RMTAE).

2.3 Líneas de actuación preferente

La relación completa de las actuales 12 medidas sobre las que la Comisión apunta pautas específicas para admitir su compatibilidad son las siguientes²⁰:

1. Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales²¹.

2. Ayudas en forma de garantías de préstamos.

3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos.

4. Ayudas en forma de garantías y préstamos canalizados a través de entidades de crédito u otras entidades financieras.

5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo.

6. Ayuda a la investigación y al desarrollo relacionada con la COVID-19 (2RMTAE).

7. Ayuda a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala (2RMTAE).

8. Ayuda a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19 (2RMTAE).

9. Ayuda en forma de aplazamientos del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social (2RMTAE).

10. Ayuda en forma de subsidios salariales para los empleados a fin de evitar las reducciones de plantilla durante el brote de COVID-19 (2RMTAE).

11. Medidas de recapitalización (3RMTAE).

12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos (4RMTAE).

Estas 12 medidas se pueden clasificar, atendiendo a su finalidad principal y a sus características comunes, en 4 grupos:

A. Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas (1-5);

17 En este sentido, NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, *State Aid Uncovered*, 27 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.lexion.eu/stateaidpost/identification-of-undertakings-in-difficulty/>.

18 La dificultad de identificar la empresa en crisis que pretende excluir el MTAE en su versión inicial fue también apuntada por BUENDÍA SIERRA, J.L., “Comisión Europea, competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, *Webinar – Asociación Española de Defensa de la Competencia*, 24 de abril de 2020. Acceso web: <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>.

19 En efecto, el MTAE en su versión original disponía que “las ayudas pueden concederse a empresas que no estaban en crisis (a tenor de lo dispuesto en el Reglamento general de exención por categorías) a 31 de diciembre de 2019; pueden concederse a empresas que no estén en crisis y/o a empresas que no estaban en crisis a 31 de diciembre de 2019 pero que sí lo estaban o empezaron a estarlo con posterioridad a consecuencia del brote de la COVID-19”.

20 Al igual que hiciera con el paquete bancario, la Comisión publica en la web oficial de la DGCOMP una relación actualizada de las ayudas autorizadas para conocer el alcance y diseño de cada una de estas medidas, diferenciadas por países y con acceso a su correspondiente contenido en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html.

21 Optamos en esta ocasión por el título inicial de estas ayudas en el MTAE frente a la que se incorpora con posterioridad: “Importes limitados de ayuda”.

B. Ayudas a la inversión vinculadas a la lucha contra la COVID-19 (6-8);

C. Ayudas sociales (9-10) y

D. Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas a través de su “recapitalización” (11 y 12²²).

Las reglas de acumulación también se han visto sucesivamente modificadas, ampliando y flexibilizado las iniciales, quedando recogidas hoy en los puntos 20 y 20bis²³ de MTAE consolidado y en las menciones específicas que se contienen en alguna modalidad concreta, que son las realmente relevantes, puesto que el nuevo punto 20 se limita a señalar que “[l]as medidas de ayuda temporal cubiertas por esta Comunicación pueden acumularse entre sí de acuerdo con las disposiciones de las secciones específicas de esta comunicación. Las medidas de ayuda temporal cubiertas por la presente comunicación se pueden acumular con ayuda de conformidad con el Reglamento *de minimis* o con ayuda de conformidad con el Reglamento de exención por categorías siempre que se respeten las disposiciones y las normas de acumulación de dicho reglamento”.

2.4 Examen de las principales características de cada una de estas concretas medidas

Vamos a exponer de forma muy sucinta²⁴ las medidas siguiendo la clasificación propuesta, por lo que la lectura del MTAE en su versión consolidada resulta imprescindible. Abordaremos pues: 1) Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas (secciones 1-5); 2) Ayudas a la inversión vinculadas a la lucha contra la COVID-19 (secciones 6-8); 3) Ayudas sociales (secciones 9-10) y 4) La reconstrucción financiera de las empresas a través de su “recapitalización” (secciones 11 y 12).

2.4.1 Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas

A esta primera categoría corresponden en primer lugar las ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales (sección 3.1 MTAE). Se trata de uno de los instrumentos básicos (como las tres medidas siguientes²⁵) para garantizar la liquidez de las empresas y con ello su supervivencia. Su otorgamiento,

22 La adscripción de esta nueva modalidad de ayuda junto a la recapitalización puede inferirse, a nuestro juicio, de la presentación que de la misma hace la propia Comisión en su 4RMTAE, cuando afirma: “[...] muchas empresas se enfrentan temporalmente a una menor demanda que no les permite cubrir parte de sus costes fijos. En muchos casos, se espera que la demanda se recupere en los próximos meses, pero para estas empresas puede no ser eficiente reducir su tamaño si ello conlleva costes de reestructuración significativos. Apoyar a estas empresas contribuyendo a una parte de sus costes fijos de forma temporal puede ser una forma eficaz de salvar la brecha, evitando así el deterioro de su capital, manteniendo su actividad empresarial y proporcionándoles una base sólida para su recuperación”. (Punto 11, 4RMTAE).

23 La redacción del punto 20 fue modificada en la primera revisión del MTAE y el 20bis fue incorporado en la segunda revisión, de 8 de mayo de 2020.

24 Para un examen exhaustivo de esta comunicación y su aplicación, véase, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control”, *Anuario de la Competencia 2020*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2020 (en prensa).

25 Debemos subrayar que las 4 primeras medidas que recoge el MTAE son las que se suelen autorizar en los casos de ayudas a empresas en crisis en la fase de salvamento, con las que, bajo estrictas condiciones, más severas en tales casos, se trata de garantizar la supervivencia de la empresa mientras se analiza su posible reestructuración.

con reglas específicas para la agricultura, la pesca y la acuicultura, está sujeto a las siguientes condiciones básicas²⁶:

El importe máximo de esta ayuda, en cualquiera de sus modalidades o combinación de ellas, no puede superar el límite de los 800.000 euros por empresa. Esta cifra, como las demás recogidas en el MTAE representa un límite absoluto, que no se puede superar, sin perjuicio de la acumulación con otras modalidades previstas en el propio MTAE cuando así se admita. Se exige para su otorgamiento articular un presupuesto estimado.

Por lo que se refiere al sector primario, estas ayudas pueden también concederse bajo las mismas condiciones a las empresas de transformación y comercialización de productos agrícolas²⁷, siempre que no se repercutan total o parcialmente a los productores primarios y no se fijen en función del precio o la cantidad de los productos adquiridos a los productores primarios o comercializados por las empresas interesadas. Por el contrario, en el caso de empresas que operen en el sector de la agricultura primaria, pesca y acuicultura, se establecen ciertas limitaciones²⁸, pues su importe no podrá exceder de 120.000 euros por empresa activa en los sectores de la pesca y la acuicultura²⁹ y de 100.000 euros en las de producción primaria de productos agrícolas³⁰.

En el caso de las ayudas a la producción primaria de productos agrícolas, se precisa además que no deben establecerse en función del precio o la cantidad de los productos comercializados. Mientras que las ayudas en los sectores de la pesca y la acuicultura no afectan a ninguna de las categorías de ayuda a las que hace referencia el artículo 1, apartado 1, letras a) a k), del Reglamento (UE) n. 717/2014 de la Comisión³¹.

26 Las condiciones a), b), c) y d) son de nueva redacción (3 de abril de 2020), la letra e) se mantiene desde la versión original.

27 El MTAE se remite en nota (17) a la definición contenida en el artículo 2, apartado 6, y en el artículo 2, apartado 7, del Reglamento (CE) n. 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193, de 1 de julio de 2014, p. 1).

28 Cfr. Punto 22 MTAE, modificado el 3 de abril de 2020.

29 En nota (18) se aclara: "Según la definición del artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) n. 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 190, de 28 de junio de 2014, p. 45)".

30 En nota (19) se precisa que se entiende por producción primaria de productos agrícolas todos los productos enumerados en el anexo I del TFUE con la excepción de los productos de los sectores de la pesca y la acuicultura.

31 En nota (20) se remite al Reglamento (UE) n. 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 90, de 28 de junio de 2014, p. 45). La exclusión expresa contiene todas las letras incluidas en dicho apartado 1, cuyo correspondiente contenido es: a) las ayudas cuyo importe se fije sobre la base del precio o la cantidad de los productos adquiridos o comercializados; b) las ayudas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados miembros, en concreto las ayudas directamente vinculadas a las cantidades exportadas, al establecimiento y el funcionamiento de una red de distribución o a otros gastos corrientes relacionados con la actividad exportadora; c) las ayudas condicionadas a la utilización de productos nacionales en lugar de importados; d) las ayudas para la compra de buques pesqueros; e) las ayudas para la modernización o sustitución de motores principales o auxiliares de los buques pesqueros; f) las ayudas para operaciones que incrementen la capacidad de pesca de un buque o equipos que incrementen la capacidad de un buque para localizar peces; g) las ayudas para la construcción de nuevos buques pesqueros o la importación de buques pesqueros; h) las ayudas para la paralización temporal o definitiva de las actividades pesqueras, excepto si están específicamente previstas en el Reglamento (UE) n. 508/2014; i) las ayudas para la pesca experimental; j) las ayudas para la transferencia de propiedad de una empresa; k) las ayudas para la repoblación directa, a menos que esté explícitamente prevista como medida de conservación por un acto jurídico de la Unión o en caso de repoblación experimental.

La segunda medida destinada a dotar de liquidez a las empresas es la otorgable en forma de garantía de préstamos³². La ayuda no se acumulará con la que se conceda para el mismo principal subyacente del préstamo bajo la modalidad siguiente (3.3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos), salvo que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los límites establecidos en el propio MTAE para estas ayudas.

Sentada esa regla inicial, las condiciones básicas bajo las que se admitirá su compatibilidad son: los préstamos individuales se valoran en función de su duración, de forma que la prima aumentará progresivamente a medida que aumente su duración, si bien los Estados miembros pueden notificar regímenes en los que la duración, las primas de garantía y la cobertura de garantía puedan modularse para el principal de cada préstamo individual subyacente, siempre que esta prima sea superior a las primas mínimas para el primer año para cada tipo de beneficiario (ajustadas en función de la duración y cobertura de la garantía que ofrece el propio MTAE en el correspondiente cuadro), para las pymes y las grandes empresas³³.

El importe de la ayuda autorizable –que puede otorgarse, tras la 4^a RMTAE, hasta el 30 de junio de 2021– varía en función de que su vencimiento sea posterior³⁴ o anterior³⁵ a dicha fecha.

Su duración máxima es de seis años, a menos que esté modulada y la garantía pública no supere determinados límites³⁶, y, para poder ser autorizada, la garantía deberá estar relacionada con préstamos para inversiones o con préstamos para el capital circulante.

La tercera forma de aportar liquidez es la bonificación de los tipos de interés de los préstamos³⁷. La Comisión acepta que la bonificación “por un período de tiempo y un importe de préstamo limitados puede ser una solución adecuada, necesaria y específica mientras duren las actuales circunstancias”. Las ayudas en forma de deuda

32 Cfr. MTAE, puntos 24 a 25. El 8 de mayo de 2020, se añade el punto 24bis.

33 Como se expone en el correspondiente cuadro, el nivel mínimo de la prima de garantía varía de 25 pb a 100 pb para las pymes y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas.

34 Conforme al punto 25, letra d) MTAE, en los préstamos con un vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020: el importe global de los préstamos por beneficiario no superará: i. el doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa, pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista) correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. el 25 % del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. justificación adecuada proporcionada por el Estado miembro a la Comisión. El importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME13 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario (la redacción de este último punto procede de la segunda revisión del MTAE, de 8 de mayo de 2020).

35 En los préstamos con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2020 (punto 25, letra e) MTAE), el importe del principal del préstamo puede ser superior al indicado *infra*, con la debida justificación proporcionada por el Estado miembro a la Comisión, y siempre que la proporcionalidad de la ayuda siga garantizada y demostrada por el Estado miembro a la Comisión.

36 El punto 25, letra f) MTAE recoge la siguiente distinción: i. el 90 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen proporcionalmente y en condiciones idénticas a la entidad de crédito y al Estado; o ii. el 35 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen primero al Estado y solo después a las entidades de crédito (es decir, una garantía de primera pérdida); y iii. en los dos casos antes mencionados, cuando el préstamo disminuye a lo largo del tiempo –por ejemplo, porque se empieza a devolver–, el importe garantizado ha de disminuir proporcionalmente.

37 Cfr. MTAE, puntos 26 a 27bis (este último introducido en la revisión del MTAE de 8 de mayo de 2020).

subordinada³⁸ deben cumplir las condiciones respectivas en esta misma sección (sección 3.3 MTAE)³⁹.

El MTAE incorpora también una regla especial de acumulación⁴⁰, conforme a la cual estas ayudas no se pueden acumular con la ayuda otorgada para el mismo principal subyacente del préstamo en la sección anterior (ayudas en forma de garantías de préstamos), ni aquellas con estas, salvo para diferentes préstamos, siempre que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los umbrales establecidos para cada modalidad. De este modo, un beneficiario puede acogerse en paralelo a múltiples medidas siempre que el monto total de los préstamos por beneficiario no exceda los correspondientes límites establecidos⁴¹.

En consecuencia, se admite, como en el caso de las garantías de préstamos, una doble alternativa: 1) tipos de interés reducidos que sean al menos idénticos al tipo base (IBOR a 1 año o equivalente⁴², más los márgenes de riesgo de crédito establecidos en el correspondiente cuadro que incorpora el MTAE; o 2) que los Estados miembros notifiquen regímenes específicos, tomando como base las referencias recogidas en el cuadro común para ambas alternativas⁴³, aunque el vencimiento de los préstamos y el nivel de márgenes de riesgo de crédito puedan modularse⁴⁴, siempre que este margen sea superior al margen de riesgo de crédito mínimo para el primer año para cada tipo de beneficiario, ajustado en función del vencimiento de este tal y como se indica en el propio MTAE⁴⁵.

Se establece una fecha límite para su concesión –que podría variar con las circunstancias de la pandemia– y se limita a un máximo de seis años, a menos que estén modulados con arreglo a lo previsto cuando los Estados miembros hayan notificado un régimen de ayuda⁴⁶.

38 Salvo que, como indica en nota, “si dicha ayuda cumple las condiciones expuestas en la sección 3.1 de la presente comunicación”.

39 En el mismo punto 26 la Comisión cuantifica dicho riesgo, fijándolo en un tercio para las grandes empresas y la mitad del importe para las pymes, tal como se define en el punto 27, letra d, incisos i) o ii). Por encima de estos límites máximos, la deuda subordinada debe evaluarse con arreglo a las condiciones establecidas para las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 expuestas en la sección 3.11, con el fin de garantizar la igualdad de trato.

40 Cfr. nuevo punto 26bis, incorporado en la segunda revisión del MTAE (9 de mayo de 2020).

41 Cfr. nuevo punto 26bis (8 de mayo de 2020).

42 La Comisión se remite a lo publicado por ella misma, con fecha 1 de enero de 2020. En nota 23 se informa que se trata de tipos de base calculados de conformidad con la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DO C 14, de 19 de enero de 2008, p. 6) y publicados en la página web de la DG Competencia en https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html.

43 En dicho cuadro se fija que el tipo de interés mínimo debe ser al menos igual a la tasa base el 1 de enero de 2020 más un margen de riesgo que varía de 25 pb a 100 pb para las pymes y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas, dependiendo del vencimiento del préstamo (1-6 años).

44 La comunicación ofrece aquí también un ejemplo de cómo fijar un margen de riesgo de crédito a tanto alzado para toda la duración del préstamo.

45 En nota (26) se aclara que el tipo de interés global mínimo (tipo base más márgenes de riesgo de crédito) debe ser de al menos 10 pb anuales.

46 La modalidad alternativa prevista en el punto 27, letra b.

El importe global de los préstamos se fija en función de la fecha del vencimiento del préstamo con posterioridad⁴⁷ o antes⁴⁸ de la fecha límite para su concesión.

El coste cubierto se limita a las necesidades de inversión o a las de capital circulante.

En el caso de las garantías y préstamos canalizados a través de entidades financieras (sección 3.4)⁴⁹, se admite finalmente que sean ya las tres modalidades anteriores de ayuda y no solo las dos últimas (ahora epígrafes 3.1 a 3.3, inclusive), las que no solo pueden ser aportadas directamente por los Estados miembros, sino que pueden articularse a través de instituciones de crédito y otras instituciones financieras, si bien sometida esta última posibilidad a condiciones específicas para evitar que parte de la ayuda pase a estas instituciones.

Finalmente se ofrecen reglas especiales respecto de la ayuda en forma de seguro de créditos a la exportación a corto plazo⁵⁰, admitiéndose que, en las actuales circunstancias de mayor riesgo y problemas de liquidez, otro de los ámbitos más afectados es el de la exportación y, por lo tanto, los seguros de crédito a la exportación.

2.4.2 Ayudas a la inversión vinculada a la lucha contra la COVID

Las 3 siguientes medidas (secciones 3.6 a 3.8) persiguen objetivos complementarios entre sí y se articulan de manera muy semejante como ayudas a la inversión directamente relacionada con la lucha contra la COVID-19⁵¹.

La primera medida se dirige a estimular la inversión en I+D en sus diversas fases, en la lucha directa contra la COVID-19⁵² tratando de atajar los problemas sanitarios que produce y reducir la duración de la enfermedad y, por ello, de su impacto económico. De este modo se autorizan ayudas a la inversión destinada a desarrollar medidas defensivas o a encontrar un remedio contra el virus. Las condiciones específicas para la compatibilidad de estas ayudas son básicamente las siguientes:

47 Vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020 (punto 27, letra d): i. El doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. El 25% del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. Este punto ha sido modificado en la revisión de 8 de marzo de 2020, para exigir no solo que la justificación sea adecuada, sino que sea además "proporcionada por el Estado miembro a la Comisión (por ejemplo, en relación con las características de cierto tipo de empresas), el importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME16 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario.

48 Vencimiento anterior al 31 de diciembre de 2020: el importe del principal del préstamo por beneficiario puede ser superior al establecido en el punto 27, letra d, si existe una justificación adecuada y siempre que siga estando asegurada la proporcionalidad de la ayuda.

49 Cfr. MTAE, puntos 28 a 31. Nueva redacción.

50 Cfr. MTAE, puntos 32 a y 33. Nueva redacción.

51 Epígrafes 3.6 a 3.8, puntualmente retocado en la segunda revisión. De momento son escasas las ayudas de este tipo que se han autorizado, siendo habitual que una misma decisión comprenda varias modalidades de ayuda a la inversión. A título ilustrativo, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *SA.57035 COVID-19 Support to R&D projects, testing -infrastructures and production of COVID 19 related products*, State Aid Cases, Portugal, abril de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57035.

52 Cfr. MAE, puntos 34 y 35.

Los beneficiarios son, en consecuencia, empresas⁵³ directamente relacionadas con la lucha contra la COVID-19⁵⁴ (sectores sanitario y farmacéutico), incluidas las que hayan recibido una etiqueta de calidad sello de excelencia concerniente específicamente al COVID-19 en el marco del instrumento para las pymes del Programa Horizonte 2020⁵⁵.

La ayuda puede otorgarse como en las recogidas en el apartado 3.1 MTAE, en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales, siendo la fecha límite para su concesión el 30 de junio de 2021 (4RMTAE).

La Comisión establece una relevante distinción temporal al diferenciar entre los proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020, es decir, tras manifestarse la pandemia, o que hayan recibido un sello de excelencia concerniente específicamente al COVID-19; y los proyectos iniciados antes del 1 de febrero de 2020, es decir, aquellos no dirigidos específicamente a combatir la pandemia pero que pueden reconducirse a la lucha contra el virus, que es lo que se quiere incentivar. Estos últimos, en principio, no se habrían concebido directamente para la COVID-19, pero pueden reconducirse a su estudio. A los primeros se les reconoce directamente un efecto incentivador capaz de justificar su compatibilidad, mientras que los segundos solo podrían beneficiarse de esta ayuda si se acredita que es necesaria para acelerar o ampliar el alcance del proyecto y se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación de su alcance.

Se consideran costes subvencionables todos los necesarios para el proyecto mientras siga en curso, señalando de forma exhaustiva pero no cerrada cuáles se pueden incluir⁵⁶.

La intensidad de ayuda por beneficiario puede llegar hasta el 100 % de los costes subvencionables en el caso de la investigación fundamental, reduciéndose al 80 % para la investigación industrial y el desarrollo experimental, si bien este límite inicial

53 Téngase en cuenta que, bajo determinadas condiciones, instituciones como las universidades o centros públicos de investigación quedan fuera de la noción de empresa, o determinadas actividades de investigación no se reputan, en sentido estricto, como actividades económicas, por lo que su financiación pública podría escapar del ámbito de aplicación del artículo 107.2 TFUE. A este respecto, *vid.* CCAE (DO C 263, de 19 de julio de 2016, p. 1; en especial, apartado 2.4. Asistencia sanitaria y 2.5. Actividades educativas y de investigación). Para un comentario de dichas previsiones puede verse nuestro trabajo RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., "El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)", Beneyto Pérez, J.M. y Maílo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 225 a 229 y CCAE, apartado 2.

54 En nota al pie (31), el MTAE precisa a este respecto que se incluye la investigación relacionada con la COVID-19 y otros antivirales, la investigación sobre vacunas, medicamentos y tratamientos, productos sanitarios y equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y ropa y equipos de protección, y sobre innovaciones de procesos pertinentes con vistas a una producción eficiente de los productos necesarios. Mas recientemente, NICOLAIDES, Ph., "The Concept of SME, Indirect Control by Public Bodies and New Problems for Public Universities and Research Organisations", *State Aid Uncovered*, 3 de noviembre de 2020. Acceso web: https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/the-concept-of-sme-indirect-control-by-public-bodies-and-new-problems-for-public-universities-and-research-organisations/?utm_source=NL&utm_medium.

55 A este respecto, *vid.* <https://eshorizonte2020.es/> y <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172f4eb029fa6ec7da6901432ea0/?vgnextoid=72e4cd8da41c1410VgnVCM1000001d04140aRCRD>.

56 El MTAE ofrece en su punto 35, letra c), la siguiente relación ilustrativa: incluidos, entre otros, los costes de personal, los costes en concepto de equipos digitales e informáticos, de herramientas de diagnóstico, de herramientas de recogida y tratamiento de datos, de servicios de I+D, y de ensayos preclínicos y clínicos (fases de ensayo I-IV), los relacionados con la obtención, validación y defensa de patentes y otros activos inmateriales, la obtención de las evaluaciones de la conformidad o las autorizaciones necesarias para la comercialización de vacunas y medicamentos, productos sanitarios, equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y equipos de protección individual nuevos y mejorados; los ensayos de fase IV son subvencionables siempre que permitan nuevos avances científicos o tecnológicos.

puede incrementarse hasta en quince puntos porcentuales, llegando así hasta el 95 %, si más de un Estado miembro apoya el proyecto de investigación o si se lleva a cabo en colaboración transfronteriza con organizaciones de investigación u otras empresas, fomentándose así ese tipo de colaboración transfronteriza.

La segunda modalidad de ayuda que se incorpora al MTAE vinculada a la lucha contra la COVID-19 (1RMTAE) se dirige a impulsar la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala⁵⁷ necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de productos relacionados con la COVID-19⁵⁸. Esta última distinción debe considerarse una oportuna cautela dirigida a limitar el efecto distorsionador de esta ayuda en la fase final, la producción en masa, por lo que el estímulo se dirige a las fases anteriores.

Se incorporan igualmente importantes precisiones respecto de la fecha de inicio de los proyectos, atendiendo a que sean anteriores o no al 1 de febrero de 2020, reconociendo nuevamente solo a los primeros de manera automática el carácter incentivador que justifica su compatibilidad. Si la ayuda es necesaria para acelerar o ampliar el alcance del proyecto, podrá también concederse a proyectos anteriores a dicha fecha (1 de febrero de 2020), si bien su importe se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

Asimismo, el proyecto deberá ejecutarse en un plazo máximo de seis meses⁵⁹, corriendo a cargo del Estado miembro concedente acreditar que se ha culminado. La finalización en plazo se estimula penalizando con la obligación del reembolso del 25 % por cada mes de retraso en el caso de subvención directa o ventaja fiscal, salvo que se acredite que se debió a factores ajenos al control del beneficiario. En el caso de ayudas en forma de anticipos reembolsables, se estimula el cumplimiento del plazo transformándolos en subvención, penalizando el retraso con el reembolso por tramos anuales iguales en el plazo de cinco años a partir de la fecha de concesión de la ayuda.

La ayuda cubre hasta el 75 % de los costes subvencionables, que, en el caso de las subvenciones directas o de ventajas fiscales, podrá incrementarse en quince puntos porcentuales adicionales (hasta el 90 %) si la inversión concluye en los dos meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda o la fecha de solicitud de la ventaja

57 Cfr. MTAE, puntos 36 y 37 (primera revisión, de 3 de abril de 2020).

58 De manera expresa se cita en el punto 37.d): la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de medicamentos (incluidas las vacunas) y tratamientos, sus productos intermedios, ingredientes farmacéuticos activos y materias primas relacionados con la COVID-19; los productos sanitarios, los equipos hospitalarios y médicos (incluidos los respiradores y la ropa y el equipo de protección, así como las herramientas de diagnóstico) y las materias primas necesarias; los desinfectantes y sus productos intermedios y las materias primas químicas necesarias para su producción; así como las herramientas de recogida/tratamiento de datos.

59 Resulta evidente que había que fijar una fecha límite, pero en algunas materias como la I+D, puede ser poco realista, por lo que es previsible que esta fecha pueda interpretarse de forma amplia y no rigurosa en función de los resultados obtenidos en dicho período. Cierto es que el fijar una fecha no solo era necesario, sino que puede llevar a incrementar los medios disponibles y eso es precisamente lo que persigue esta ayuda.

fiscal, o si el respaldo procede de más de un Estado miembro, porcentaje que también se aplica a las ayudas en forma de anticipo reembolsable⁶⁰.

Finalmente, el MTAE incorpora también la posibilidad de diseñar ayudas a la inversión para la fabricación de productos relacionados con la COVID-19⁶¹, que se pueden otorgar igualmente en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales o anticipos reembolsables que deben concederse antes del 30 de junio de 2021 (4RMTAE).

De forma similar a lo previsto respecto de las dos anteriores modalidades de ayuda vinculadas a la lucha contra la pandemia, se distingue entre los proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020 y los posteriores y con iguales consecuencias, pues respecto de estos últimos se limita el importe de la ayuda a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

El plazo de ejecución de los proyectos que pueden beneficiarse de esta ayuda vuelve a ser el común de los seis meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda, reconociendo igualmente a las autoridades nacionales la capacidad para acreditarlo. Para garantizar su cumplimiento, también se opta por el reembolso del 25% del importe de la subvención directa o de la ventaja fiscal por cada mes de retraso, salvo, nuevamente, la concurrencia de factores ajenos al control del beneficiario. En el caso de ayudas en forma de anticipos reembolsables, se transforman en subvenciones que, en caso contrario, deberán reembolsarse también en tramos anuales iguales en un plazo de cinco años a partir de la fecha de concesión de la ayuda.

La ayuda se puede extender hasta el 80% de todos los costes de la inversión necesarios para la producción de los productos cuya producción se precisa y de los ensayos en línea de las nuevas instalaciones de producción, que puede incrementarse hasta en quince puntos porcentuales adicionales si la inversión concluye en los dos meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda o la fecha de solicitud de la ventaja fiscal, o si el respaldo procede de más de un Estado miembro. Si la ayuda se concede en forma de anticipo reembolsable y la inversión se completa en el plazo de dos meses, o si, sin conseguirlo, cuenta con el apoyo de más de un Estado miembro, también puede beneficiarse de dicho incremento.

2.4.3 Ayudas sociales

El “carácter social” de las medidas que incorpora el MTAE en su primera revisión (1RMTAE) podría permitir considerarlas como “medidas generales” y, por tanto, excluirlas del ámbito de aplicación de artículo 107.1 TFUE por carecer de carácter selectivo⁶². No obstante, para evitar su eventual carácter selectivo, la Comisión fija las

60 A diferencia de la medida anterior (inversión en I+D COVID-19), esta ayuda no podrá combinarse con otras ayudas a la inversión por los mismos costes subvencionables, si bien puede concederse al mismo tiempo o separadamente, como medida de ayuda independiente, una garantía de pérdidas bajo unas estrictas condiciones. Debemos tener en consideración que el beneficiario se queda con una instalación nueva o ampliada gracias a la ayuda.

61 Cfr. MTAE, puntos 38 y 39.

62 Así se recoge en los puntos 40 y 42 incorporados en la 1RMTAE cuando afirma que, “Si estos regímenes de apoyo se aplican al conjunto de la economía, no entran dentro del ámbito de aplicación del control de las ayudas estatales. Si confieren a las empresas una ventaja selectiva, lo que puede ocurrir si se circunscriben a determinados sectores, regiones o tipos de empresas, constituyen ayudas en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE”.

condiciones bajo las que, aun en dicho caso, está dispuesta a admitir como compatibles sobre la base del artículo 107.3.b) TFUE.

Tal es el caso de los regímenes que consistan en aplazamientos temporales del pago de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social aplicables a las empresas (incluidas las personas que trabajan por cuenta propia) especialmente afectadas por el brote de COVID-19 (sección 3.0, 1RMTAE), aunque se otorguen por ejemplo en sectores o regiones específicos o en función de su tamaño.

La Comisión va a aplicar el mismo criterio a las obligaciones fiscales y de seguridad social⁶³ destinadas a aliviar las dificultades de liquidez a las que se enfrentan los beneficiarios, incluidos, entre otros, el aplazamiento de los pagos a plazos, un acceso más fácil a los planes de pago de la deuda tributaria y la concesión de períodos sin devengo de intereses, la suspensión de la recaudación de la deuda tributaria y las devoluciones de impuestos aceleradas.

La compatibilidad solo se admitirá para las ayudas que se concedan antes del 30 de junio de 2021, que, en el caso de los aplazamientos, no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2022.

Del mismo modo y previendo su posible carácter selectivo, la Comisión admite en una nueva sección, la 3.10, incorporada como la anterior en la 1RMTAE e igualmente al amparo del artículo 107.3.b) TFUE, la compatibilidad de las ayudas en forma de subsidios salariales⁶⁴ si el subsidio salarial se concede por un período máximo de doce (12) meses después de la solicitud de la ayuda a los empleados que, de otro modo, habrían sido despedidos como consecuencia de la suspensión o reducción de las actividades empresariales debido al brote de COVID-19, y siempre que el personal beneficiario permanezca empleado de manera continua durante la totalidad del período para el que se concede la ayuda. Se exige igualmente que su importe no supere el 80 % del salario bruto mensual (incluidas las cotizaciones patronales a la Seguridad Social) del personal beneficiario. Los Estados miembros también pueden notificar, en particular en interés de las categorías de salarios bajos, métodos de cálculo de la intensidad de la ayuda alternativos, por ejemplo, el uso de la media salarial nacional o el salario mínimo, siempre que se mantenga la proporcionalidad de la ayuda.

El subsidio puede combinarse con otras medidas de apoyo al empleo generalmente disponibles o selectivas, siempre que el apoyo combinado no suponga una compensación excesiva de los costes salariales del personal afectado. Los subsidios salariales pueden combinarse además con aplazamientos del pago de impuestos y aplazamientos de los pagos a la Seguridad Social.

63 Cfr. MTAE, puntos 40 y 41. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE.

64 Cfr. MTAE, puntos 42 y 43. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE.

2.4.4 Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas⁶⁵

La novedad más importante de la segunda revisión del MTAE (2RMTAE), de 8 de mayo de 2020⁶⁶, es, sin duda, la admisión de ayudas para la recapitalización (temporal) de empresas⁶⁷. Su redacción, llena de cautelas y limitaciones, algo flexibilizadas en la 4RMTAE, pone en evidencia el medido juego de equilibrios que la Comisión⁶⁸ ha tenido que alcanzar para hacer frente a una crisis todavía potencialmente más excepcional y grave que la de 2008.

El MTAE establece una serie de condiciones que apuntan a la excepcionalidad y temporalidad de la intervención pública y se precisan múltiples aspectos. Dichas previsiones se refieren a: 1) su aplicabilidad; 2) las condiciones de subvencionabilidad y entrada; 3) tipos de medidas o instrumentos de recapitalización; 4) importe de la recapitalización; 5) remuneración y salida del Estado; 6) reglas específicas de gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia y, finalmente, 7) la exigencia de estrategia de salida del Estado de la participación resultante de la recapitalización y obligaciones de información.

Es preciso destacar algunas cuestiones previas esenciales, como que las medidas que se regulan son consideradas por la Comisión, de partida, como “ayudas estatales”, esto es, reúnen las condiciones establecidas en el artículo 107.1 TFUE, entre las que está la de que suponga una ventaja para el beneficiario. Tratándose de aportaciones de capital, es de aplicación el ahora denominado “principio del operador privado”

65 Nuevos apartados 3.11 y 3.12 del MTAE, incorporados respectivamente en la 3RMTAE y 4MTAE.

66 La Comisión ya tuvo ocasión de examinar ayudas en forma de deuda subordinada del accionista con anterioridad a esta segunda revisión del MTAE; concretamente, en el caso de la ayuda notificada por Francia a Air France, cuya compatibilidad fue admitida por la Comisión sobre la base del artículo 197.3.b) TFUE (EUROPEAN COMMISSION, SA.57082, COVID-19 *Cadre temporaire 107(3)(b). Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France*, State Aid Cases, France, mayo de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082).

67 No debemos olvidar que, además de la recapitalización de empresas con fondos públicos, existen alternativas como las de carácter regulatorio. A este respecto podemos citar la iniciativa llevada a cabo por la Autoridad de Conducta Financiera (*Financial Conduct Authority-FCA*) del Reino Unido por la que se aprueban una serie de medidas destinadas a ayudar a las empresas que cotizan en bolsa a recaudar capital adicional en respuesta a la crisis del coronavirus, al tiempo que conserva un grado adecuado de protección de los inversores, flexibilizando los requisitos reglamentarios exigibles desde el 8 de abril de 2020 hasta nuevo aviso. *Vid.* FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis*, News Financial Conduct Authority, 8 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>.

68 Resultaría de interés poder comparar la propuesta de revisión presentada por la Comisión con el texto finalmente aprobado. Son también útiles las informaciones sobre los debates suscitados durante su aprobación. *Vid.* “EU states seek flexibility in recapitalization rules available”, *mlex Insight Report*, 16 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1180761&siteid=190&rdir=1>. Acerca del proceso de negociación, *vid.* WILSON, T. y GNATZI, P., “COVID-19 and EU State aid recapitalisation”, *Kluwer Competition Law Blog*, 15 de mayo de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>, quien señala que la Comisión había trasladado su propuesta inicial de una segunda revisión del MTAE a consulta a los Estados miembros que permitía a los gobiernos recapitalizar empresas mediante el uso de instrumentos de capital y/o capital híbrido, así como otorgar préstamos subordinados. Dicho texto fue sometido a varias rondas de consultas con los Estados miembros y algunos manifestaron que las condiciones propuestas para las medidas de recapitalización eran demasiado amplias y estrictas. Citando la prensa especializada, las enmiendas propuestas por la Comisión suscitaron fuertes críticas por parte de Suecia, que consideró que los gobiernos nacionales deberían decidir sobre las estrategias de salida para la participación del Estado y que una salida prematura podría conducir a adquisiciones extranjeras no deseadas de inversores que intentarían beneficiarse de la pandemia. Además, Suecia argumentó que las restricciones de comportamiento, como la prohibición de fusiones y adquisiciones, dificultarían que las empresas se recuperasen de la crisis. El proceso de consulta también tuvo lugar en un contexto de Estados miembros del norte que buscaban relajar las normas de ayuda estatal. Por ejemplo, Austria (sin éxito) pidió una suspensión temporal de esta durante la lucha contra la COVID-19.

(OEM)⁶⁹, conforme al cual la ventaja deriva de que la aportación no sería efectuada en términos equivalentes por un operador privado que actuase con la lógica del mercado⁷⁰. Desde esta perspectiva, se precisaría un análisis previo, que podría excluir el carácter de ayuda y, por lo tanto, la sujeción a las condiciones de este MTAE, las aportaciones públicas de capital cuando este ya esté participando en el capital de la empresa o se trate de una empresa pública⁷¹.

El MTAE incluye desde su 2RMTAE (con algunas modificaciones introducidas en la 4RMTAE) previsiones sobre los siguientes aspectos de estas medidas: 1. Aplicabilidad; 2. Condiciones de subvencionabilidad y entrada del capital público; 3. Tipos de medidas de recapitalización; 4. Importe de la recapitalización; 5. Remuneración y salida del Estado; 6. Gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia y; 7. Estrategia de salida y obligaciones de información.

La 4RMTAE incorporó también, como ya anticipamos, una nueva modalidad de ayuda compatible; en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos (nueva sección 3.12). Sus condicionantes, de forma sumaria, son los siguientes:

1. La ayuda antes del 30 de junio de 2021 y por los costes fijos no cubiertos sopor-tados durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2021, incluidos aquellos en que se incurra en una parte de dicho período (“período subvencionable”).

69 La primera versión de este principio fue la de “Principio del Inversor probado en una economía de mercado” (PIPEM o MEIP, en su versión inglesa), siendo aplicado precisamente a las participaciones públicas en el capital de las empresas. Acerca del origen y evolución del PIPEM, *vid.*, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías n. 24, Santiago de Compostela, 2003. Acceso web: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf>. La Comisión desarrolla este principio de forma extensa en los puntos 73 a 114 de su CCAE (DO C 262, de 19 de julio de 2016, p. 1). No obstante, esta expresión se puede leer ya en la STPI de 8 de julio de 2005, Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión, asunto T-198/2001, Rec. 2004 p. 11-20202717, en la que se examinaba un caso de aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO C 368, de 23 de diciembre de 1994, p. 12). Este término es empleado también por el Reglamento (UE) n. 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (DO L 352, de 24 de diciembre de 2013, p. 11, considerando 13); las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo (DO C 19, de 22 de enero de 2014, p. 4, apartado 2.1); las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas (DO C 99, de 4 de abril de 2014, p. 3, apartado 3.4), y la comunicación de la Comisión invitando a presentar observaciones en aplicación del artículo 108.2 TFUE en el asunto Ayuda estatal n. SA.33909 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2011/CP) - Supuesta ayuda a Ryanair y a otras compañías aéreas y posibles ayudas a los aeropuertos de Girona y Reus (DO C 120, de 23 de abril de 2014, p. 24).

70 Debemos destacar que, pese a los recelos de la Comisión ante esta modalidad de intervención, existen casos en los que la Comisión llega a la conclusión, tras investigar una recapitalización controvertida, de que esta no constituye ayuda estatal, incluso en sectores sensibles como la banca. Podemos citar ejemplos recientes como el de la Decisión SA.47178 Recapitalização da Caixa Geral de Depósitos, S.A., de 10 de marzo de 2017, o la más reciente de NordLB, “State aid: Commission concludes that recapitalisation of German NordLB is market conform”, *Press release*, de 5 de diciembre de 2019. Acceso web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6684. En otras ocasiones fueron los tribunales quienes corrigieron la apreciación de la Comisión de que la medida contenía ayuda estatal, como en la STJUE de 3 de abril de 2014, asunto C 224/12 P, Comisión/Reino de los Países Bajos y ING Groep NV (ECLI:EU:C:2014:213), que confirmó en casación la STGUE de 2 de marzo de 2012, Países Bajos e ING Groep/Comisión (T 29/10 y T 33/10; ECLI:EU:T:2012:98), que había anulado parcialmente de la Decisión 2010/608/CE de la Comisión, de 18 de noviembre de 2009, relativa a la ayuda estatal C 10/09 (ex n. 138/09) ejecutada por los Países Bajos para el mecanismo de suscripción de reserva de activos no líquidos y el Plan de reestructuración de ING (DO L 274, de 19 de octubre de 2010, p. 139).

71 Respecto de la condición de empresa pública, *cfr.* artículo 2º, letra b) e la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318, de 17 de noviembre de 2006, p. 17) y su correspondiente transposición nacional.

2. Se concede en virtud de un régimen a empresas que sufren una disminución del volumen de negocios durante el período subvencionable de al menos el 30 % en comparación con el mismo período de 2019.

3. Dichos costes son los costes fijos soportados por las empresas durante el período subvencionable que no estén cubiertos por la contribución a los beneficios (es decir, los ingresos menos los costes variables) durante el mismo período y que no estén cubiertos por otras fuentes, como seguros, medidas de ayuda temporal cubiertas por esta comunicación o ayudas de otras fuentes. La intensidad máxima es el 70 % de los costes fijos no cubiertos, excepto en el caso de las microempresas y las pequeñas empresas, respecto de las que el límite se eleva al 90 %.

4. La ayuda global no será en ningún caso superior a los 3 millones de euros por empresa, y puede concederse en forma de subvenciones directas, garantías y préstamos, siempre que el valor nominal total de tales medidas se mantenga por debajo del citado límite máximo global, aclarándose que “todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo”.

5. La ayuda “no podrá acumularse con otras ayudas por los mismos costes subvencionables, ni podrá beneficiar a empresas que ya estaban en crisis el 31 de diciembre de 2019 (criterio general común), salvo que, como se introdujo en la 3RMTAE, se trate de microempresas o pequeñas empresas”.

2.5 El necesario control de las medidas autorizadas⁷²

Como corolario de las amplias facultades concedidas a los Estados miembros, el MTAE establece numerosos instrumentos de control que se suman a la previa aprobación de los respectivos planes que se reserva la Comisión⁷³.

De este modo, se impone a los Estados la doble obligación de informar 1) al público (entiéndase otros Estados miembros y competidores) y 2) a la propia Comisión.

Asimismo, se trata de que la mayor información posible sea de acceso público; por ello, se imponen cargas específicas a los Estados miembros.

La Comisión, por su parte, garantiza, en estrecha cooperación con los Estados miembros afectados, la rápida adopción de decisiones tras la notificación clara y completa de las medidas contempladas en esta comunicación. Los Estados miembros deberán informar a la Comisión de sus intenciones y notificar los planes para la introducción de tales medidas de la forma más rápida y exhaustiva posible. La Comisión prestará orientación y asistencia a los Estados miembros en este proceso.

72 Estas medidas y las disposiciones generales se recogen en sendas secciones tras la 4RMTAE con los puntos 88 a 96.

73 Buena prueba de la importancia de estas medidas es que su redacción ha sido revisada en las dos modificaciones del MTAE original.

3 Las ayudas europeas a los Estados miembros: el instrumento de emergencia único (NGEU) y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)

La magnitud de la crisis sanitaria y económico-social, especialmente en países como España e Italia, ha llevado a la Unión Europea a diseñar instrumentos específicos, que vienen a sumarse a los ya existentes, cuyas posibilidades han sido aprovechadas en todo lo que era posible dado lo avanzado de su ejecución presupuestaria (período 2014-2020)⁷⁴.

Con esa finalidad, ya a finales de mayo de 2020, la Comisión propuso un paquete a gran escala de medidas (“Plan de recuperación para Europa”⁷⁵) que combinaba el nuevo marco financiero plurianual de la UE (MFP) para el venidero período 2021-2027, por un importe que se fijaba en 1,1 billones de euros y la creación de un “instrumento de emergencia único” denominado “Next Generation EU” (NGEU)⁷⁶ por un valor previsto de 750.000 millones de euros, para ayudar a los Estados miembros a reducir el impacto socioeconómico de la pandemia, recuperarse y retomar la senda del crecimiento sostenible.

Tras el respaldo político imprescindible, que se obtuvo *in extremis* en el Consejo Europeo del 17-21 de julio de 2020⁷⁷, se están siguiendo los pasos necesarios para convertir dicho acuerdo en instrumentos jurídicos reales y eficaces, cuyo alcance final está por lo tanto todavía sin precisar definitivamente.

Con las cautelas que exige hablar sobre documentos no aprobados definitivamente, lo cierto es que una pieza esencial del plan impulsado por la Comisión es la creación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). Se está trabajando con una propuesta de reglamento⁷⁸ reelaborada por la Comisión y sobre la que habrán de pronunciarse los colegisladores (Parlamento Europeo y Consejo)⁷⁹.

De acuerdo con la información disponible⁸⁰, la referida propuesta se integra en el marco de su estrategia anual de crecimiento sostenible 2021, donde la Comisión estableció orientaciones para aplicar el MRR, confirmando el objetivo de la UE de proseguir una nueva estrategia de crecimiento basada en el Pacto Verde Europeo y la

74 En efecto, con ocasión de la crisis fondos como los estructurales, los de cohesión o FEDER han sido canalizados a los Estados miembros para atender las necesidades más urgentes, tanto sanitarias como económicas.

75 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es.

76 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe/pillars-next-generation-eu_es.

77 Cfr. Conclusiones del Consejo Europeo, 17 a 21 de julio de 2020. Acceso web: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>.

78 Cfr. “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”, Bruselas, 28 de mayo de 2020, COM(2020) 408 final, 2020/0104(COD). Acceso web: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0408R\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0408R(02)&from=ES).

79 A la hora de redactarse el presente trabajo ya se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas Europeo, en su Dictamen n. 6/2020, de 9 de septiembre de 2020. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818> (con arreglo a los artículos 287, apartado 4, y 322, apartado 1, letra a), del TFUE).

80 Entre otras fuentes, *vid.* https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es.

sostenibilidad competitiva. Por ello, la Comisión recomienda encarecidamente a los Estados miembros que incluyan inversiones y reformas en materia ecológica y digital para crear empleos y crecimiento sostenibles.

3.1 El futuro Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR); la propuesta de reglamento

El MRR se creará por medio de un reglamento, cuya propuesta, como ya señalamos, está en tramitación. Se adoptará al amparo de las previsiones especiales contenidas en el artículo 175, párrafo 3 TFUE, conforme al cual, “Si se manifestare la necesidad de acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar dichas acciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”.

Como se señala en el texto de la propuesta, la creación del MRR “pretende contribuir al refuerzo de la cohesión a través de medidas que permitan a los Estados miembros afectados recuperarse de manera más rápida y sostenible de la crisis de la COVID-19 y adquirir (una mayor) resiliencia”.

La propuesta precisa⁸¹ los objetivos del MRR, su financiación, las modalidades de la financiación de la Unión y las normas para la concesión de dicha financiación.

El ámbito de aplicación previsto⁸² incluye los relacionados con la cohesión económica, social y territorial, las transiciones ecológica y digital, la salud, la competitividad, la resiliencia, la productividad, la educación y las capacidades, la investigación y la innovación, el crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo, el empleo y la inversión, y la estabilidad de los sistemas financieros.

En coherencia con lo anterior, su objetivo general⁸³ es “promover la cohesión económica, social y territorial de la Unión, mejorando la resiliencia y la capacidad de ajuste de los Estados miembros, mitigando las repercusiones sociales y económicas de la crisis y apoyando las transiciones ecológica y digital, contribuyendo de esta forma a restaurar el potencial de crecimiento de las economías de la Unión, fomentar la creación de empleo tras la crisis de la COVID-19 y promover el crecimiento sostenible”.

Este objetivo general se traduce en la propuesta de la Comisión en el objetivo específico del MRR, que no es otro que “proporcionar a los Estados miembros ayuda financiera para que alcancen los objetivos intermedios y las metas de reforma e inversión establecidos en sus planes de recuperación y resiliencia. Se perseguirá este objetivo específico en estrecha cooperación con los Estados miembros en cuestión”.

81 Por razones prácticas, no abordaremos alguna de las cuestiones que incluye la propuesta, como la financiación y la revisión y control, pues se refieren a una fase posterior. No obstante, no cabe duda de que los criterios de revisión han de ser tenidos en cuenta en el diseño de los proyectos, cuya aprobación, como se verá, viene determinada por los criterios que fije la Comisión Europea.

82 Cfr. artículo 3 PR.

83 Cfr. artículo 4 PR.

La Comisión prevé para su ejecución⁸⁴ la gestión directa de conformidad con el Reglamento financiero⁸⁵, y la ayuda concedida con arreglo al mismo se sumará a la proporcionada conforme a otros fondos y programas de la Unión ya existentes. En consecuencia, se prevé expresamente que los proyectos de reforma y de inversión podrán recibir ayuda de otros programas e instrumentos de la Unión siempre que, como es lógico, dicha ayuda no cubra el mismo coste (artículo 8 PR).

Respecto de la asignación de la contribución financiera, el PR⁸⁶ prevé que durante un período que finalizaría el 31 de diciembre de 2022, la Comisión pondrá a disposición para su asignación el importe de 334.950 millones de euros contemplado en el artículo 5, apartado 1, letra a). Cada Estado miembro podrá presentar solicitudes, hasta llegar a la contribución financiera máxima prevista en el artículo 10, para ejecutar sus planes de recuperación y resiliencia.

En un segundo período, que comenzaría después del 31 de diciembre de 2022 y hasta el 31 de diciembre de 2024, “en función de la disponibilidad de recursos financieros”, la Comisión podrá organizar convocatorias en consonancia con el calendario del Semestre Europeo. Para ello, publicará un calendario indicativo de las convocatorias que se vayan a organizar en dicho período e indicará, para cada una de ellas, el importe disponible para su asignación. Cada Estado miembro podrá presentar propuestas para recibir hasta el importe máximo que le corresponda del importe disponible para asignación, tal como se contempla en el anexo I, con el fin de ejecutar su plan de recuperación y resiliencia.

A tal fin⁸⁷, “Hasta el 31 de diciembre de 2024, la Comisión podrá conceder al Estado miembro que lo solicite ayudas en forma de préstamo para la ejecución de sus planes de recuperación y resiliencia”. Los Estados miembros podrán solicitar un préstamo “cuando presenten los planes de recuperación y resiliencia contemplados en el artículo 15 o en cualquier otro momento hasta el 31 de agosto de 2024, si bien en este último caso “la solicitud irá acompañada de un plan revisado que incluya objetivos intermedios y metas adicionales”.

La Comisión fija en su PR⁸⁸ que, en todo caso, en las solicitudes de préstamo se deberán especificar los siguientes puntos:

- a) los motivos para las ayudas en forma de préstamo, justificadas por necesidades financieras más elevadas relacionadas con reformas e inversiones adicionales;
- b) las reformas e inversiones adicionales de conformidad con el artículo 15;
- c) el coste más elevado del plan de recuperación y resiliencia de que se trate en comparación con el importe de la contribución financiera máxima contemplada en

84 Cfr. artículo 7 PR.

85 El actual Reglamento Financiero de la UE es el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014 y (UE) n. 283/2014 y la Decisión n. 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n. 966/2012 PE/13/2018/REV/1 (DO L 193, de 30 de julio de 2018, p. 1). Acerca de la regulación financiera de la UE, puede consultarse: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/FinancialProvisionsRegulation.aspx>.

86 Cfr. artículo 11 PR.

87 Cfr. artículo 24 PR.

88 Cfr. artículo 24.3 PR.

el artículo 10 o con la contribución financiera asignada al plan de recuperación y resiliencia sobre la base del artículo 17, apartado 3, letra b).

Mención especial merecen las previsiones que recoge la PR en su capítulo III a los Planes de recuperación y resiliencia, respecto de las condiciones para su admisibilidad, presentación como anexo a su Programa Nacional de Reformas, previéndose como fecha límite el 30 de abril de 2021 y exigiéndose, como es lógico, que esté debidamente motivado y justificado. En concreto, se señala en el artículo 15.3 PR que “deberán figurar en él los siguientes elementos básicos:

a) una explicación de cómo está previsto hacer frente a los retos y prioridades específicos de cada país señalado en el contexto del Semestre Europeo;

b) una explicación de cómo el plan reforzará el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica del Estado miembro en cuestión, atenuará las repercusiones económicas y sociales de la crisis y contribuirá a mejorar la cohesión y la convergencia económicas, sociales y territoriales;

c) una explicación de cómo está previsto que las medidas del plan contribuyan a las transiciones ecológica y digital o a hacer frente a los retos derivados de ellas;

d) los objetivos intermedios y metas previstas, así como un calendario indicativo para la realización de las reformas a lo largo de un período máximo de cuatro años y de las inversiones a lo largo de un período máximo de siete años;

e) los proyectos de inversión previstos, junto con el correspondiente período de inversión;

f) una estimación del coste total de las reformas y las inversiones incluidas en el plan de recuperación y resiliencia (denominado también «coste total estimado del plan de recuperación y resiliencia»), respaldada por una justificación adecuada y una explicación de su proporcionalidad respecto de las repercusiones previstas en la economía y el empleo;

g) cuando proceda, información sobre financiación de la Unión existente o prevista;

h) las medidas de acompañamiento que puedan ser necesarias;

i) una justificación de la coherencia del plan de recuperación y resiliencia;

j) las disposiciones tomadas por el Estado miembro de que se trate para la ejecución efectiva del plan de recuperación y resiliencia, incluidos los objetivos intermedios y las metas propuestas y los correspondientes indicadores;

k) cuando proceda, la solicitud de ayudas en forma de préstamo y los objetivos intermedios adicionales contemplados en el artículo 12, apartados 2 y 3, con sus elementos; y

l) cualquier otra información pertinente.

La Comisión se reserva⁸⁹, lógicamente a nuestro entender, la potestad de evaluar los planes nacionales de recuperación y resiliencia “en estrecha cooperación con el Estado miembro de que se trate”, al que podrá formular observaciones o solicitar información adicional, siendo igualmente relevante la previsión de que, a la hora de evaluarlo y de determinar el importe que se asignará al Estado miembro de que se trate, la Comisión “tendrá en cuenta la información analítica sobre dicho Estado miembro

89 Cfr. artículo 17 PR.

que esté disponible en el contexto del Semestre Europeo, así como la justificación y los elementos facilitados por el Estado miembro en cuestión que se contemplan en el artículo 15, apartado 3, y cualquier otra información pertinente y, en concreto, la incluida en su Programa Nacional de Reformas y en el Plan Nacional de Energía y clima y, si procede, información sobre el apoyo técnico que se haya recibido a través del Instrumento de Apoyo Técnico”.

Hasta el momento de redactarse este trabajo solo es público el informe emitido por el Tribunal de Cuentas Europeo (TCE)⁹⁰. De sus observaciones destacaremos únicamente cómo la institución subraya⁹¹ el hecho de que el MRR se ejecutaría en paralelo a otros programas en el marco del instrumento NGEU⁹², la financiación del Banco Europeo de Inversiones y del Mecanismo Europeo de Estabilidad para empresas y Estados miembros, y el Programa temporal de compras de emergencia frente a la pandemia del BCE. Para el TCE, esa cofinanciación implica que el futuro MRR se suma a otras iniciativas de las demás instituciones europeas que se mantienen en funcionamiento.

Se destaca asimismo⁹³ que, al ser sus objetivos muy generales y abarcar una amplia gama de ámbitos de actuación, “no todos estos objetivos pueden abordarse en la misma medida, y la consecución de algunos objetivos puede ir en detrimento de otros (por ejemplo, cohesión económica frente a transición ecológica). Por otra parte, no existe una cuantificación de los resultados previstos a escala de la UE ni de la asignación de fondos a diferentes objetivos, lo que podría reducir la eficiencia del MRR.

Sobre la vinculación del MRR con objetivos de alto nivel de la UE, como la recuperación sostenible y la convergencia económica y social, así como con el Pacto Verde Europeo y la transformación digital, considera el TCE que dicha conexión “podría reforzarse aún más en la práctica mediante, por ejemplo, indicadores comunes obligatorios”, lo que reduciría el riesgo de una conexión débil entre los objetivos intermedios y las metas establecidos en los planes de recuperación y resiliencia (PRR) individuales y los objetivos más generales a escala del MRR o incluso a escala de la UE.

Finalmente, debemos destacar que el TCE apunta, no obstante, el “riesgo de doble financiación y competencia entre distintos programas”, porque, como destaca, “el sistema cubrirá proyectos que pueden potencialmente acogerse a ayudas en el marco de otros ámbitos de actuación, como la cohesión, el transporte, la energía y la investigación”, por lo que considera esencial la existencia de “mecanismos de coordinación eficaces entre los distintos programas e instrumentos de la Unión para garantizar, entre otras cosas, la complementariedad, la coherencia y la estrecha cooperación para alcanzar los objetivos establecidos, por lo que acoge con satisfacción la intención de la Comisión de desarrollar estos mecanismos en consulta con los Estados miembros.

90 Cfr. Dictamen n. 6/2020, de 9 de septiembre de 2020. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818>.

91 Cfr. Punto 04, del dictamen.

92 El TCE cita expresamente: los fondos estructurales y de cohesión y las propuestas modificadas para el FEIE e InvestEU, y otros instrumentos de la UE relacionados con la respuesta a la COVID-19 (por ejemplo, el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE).

93 Cfr. puntos 09 a 12.

4 El decisivo papel de las administraciones públicas para diseñar ayudas estatales y proyectos europeos de forma eficiente

Nadie discute hoy que las ayudas públicas son un instrumento legítimo de política económica. En el caso de la Unión Europea, persiste todavía un potencial conflicto de intereses entre las ayudas otorgadas por los Estados miembros y las que son financiadas u otorgadas directamente por las propias instituciones europeas, pues en realidad las primeras persiguen esencialmente preservar los respectivos intereses nacionales, mientras que las segundas se dirigen a un más difuso interés general de la Unión Europea en su conjunto. Es en esta compleja y delicada dialéctica en la que se desarrolla la labor que desempeña la Comisión Europea y, de modo singular, la Dirección General de la Competencia (DGCOMP, básicamente, junto a otras DG de carácter sectorial).

Pero esta realidad de fondo no es ni mucho menos lo más relevante en materia de ayudas públicas, como la presente crisis pone en clara evidencia, sino que su otorgamiento responda a genuinos criterios económicos basados en los principios de transparencia, eficacia y eficiencia, entre otros, como el de legalidad, que imprescindiblemente deben ser tenidos en cuenta tanto por la UE como por cada uno de los Estados miembros.

Esta premisa nos sitúa en una cuestión clave no siempre abordada con claridad: más allá de la disponibilidad presupuestaria y de que la medida resulte autorizable, cuando es preciso, por la Unión Europea, cualquier decisión sobre otorgamiento de ayudas públicas (europeas o nacionales) debe respetar las reglas básicas de cualquier actuación de los poderes públicos, tenga o no carácter normativo. Se trata, en definitiva, de los que nuestra Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas⁹⁴, denomina “Principios de buena regulación”, a cuya lectura nos remitimos, pues, *mutatis mutandis*, pueden y deben ser aplicables al otorgamiento de cualquier ayuda pública.

Por ello, y aunque el principio de libre competencia no aparezca citado en dicho precepto, la libre competencia está garantizada cuando la actuación administrativa se ajusta a dichos principios. La garantía del funcionamiento competitivo de los mercados es, en consecuencia, un objetivo básico general y de manera singular del otorgamiento de ayudas públicas.

Desde esta perspectiva, es preciso destacar el importante papel que pueden y deben desempeñar las autoridades de competencia nacionales (y, en nuestro caso, también autonómicas), junto con los jueces y tribunales cuya competencia en la materia es igualmente relevante, aunque poco conocida⁹⁵.

94 BOE n. 236, de 2 de octubre de 2015.

95 A este respecto, *vid.* Comunicación de la Comisión – Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles (DO C 272, de 15 de noviembre de 2007, p. 4) y Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por

En el caso de España, sin embargo, el papel de las autoridades de competencia es limitado, aunque puede ser relevante⁹⁶. Resulta evidente que tanto el diseño de las ayudas estatales al amparo del MTAE como el diseño de proyectos que puedan acogerse al amparo del MRR plantea a las administraciones el reto de asignar lo más eficientemente posible los recursos disponibles y los que puedan obtenerse de la financiación europea, y hacerlo con la menor distorsión de la competencia posible.

Para ello, es preciso reconocer que las ayudas tanto de Estado como a los Estados son, como ya señalamos, un instrumento de política económica del que tradicionalmente han venido haciendo uso los poderes públicos, cuya existencia no solo es legítima, sino en muchas ocasiones –como la que vivimos en la actualidad– necesaria.

Al objeto de garantizar la máxima eficiencia económica en su eventual otorgamiento, diversas instituciones han expuesto metodologías adecuadas a la especial naturaleza de este instrumento de política económica. Entre nosotros, además de los impulsados por la Comisión Europea⁹⁷, debemos destacar los esfuerzos de la ya desaparecida Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y su sucesora, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que se han plasmado no solo en sus informes anuales en materia de ayudas públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LDC⁹⁸, sino a través de informes específicos, entre los que merece destacarse el Informe de la CNMC identificado como PRO/CNMC/001/2016. Se trata de un documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, publicado el 9 de junio de 2016⁹⁹, en el que se exponen los criterios básicos, más desarrollados que los esbozados de forma sencilla y práctica en 2008 por la CNC en su Primer informe anual tanto para la evaluación *ex ante* como *ex post* de las ayudas públicas¹⁰⁰.

En el Primer informe anual sobre ayudas públicas 2008, se apuntaba ya que el otorgamiento de ayudas públicas únicamente encuentra su justificación en la existencia de un –fallo de mercado–¹⁰¹ o de un objetivo de interés general que se trata de incentivar

los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 85, de 9 de abril de 2009, p. 1) y las reflexiones contenidas en VELASCO DE PEDRO, L.A., et al. (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

96 Cfr. artículo 11 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y sus equivalentes autonómicos.

97 Nos referimos, entre otros documentos, a la Comunicación de la Comisión “Plan de acción de ayudas estatales”, que bajo el expresivo subtítulo “Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009” [Bruselas, 7 de junio de 2005, COM(2005) 107 final] ofrecía unas primeras indicaciones metodológicas sobre la evaluación de las ayudas estatales, impulsando lo que denominaba “enfoque económico reajustado”, con el fin de asegurar «una evaluación correcta y más transparente de los falseamientos de la competencia y del comercio asociados con las medidas de ayuda estatal (...)» (punto 22) y las contenidas en el ya aludido Plan de Modernización de 2012, a las que haremos referencia más adelante.

98 Sigue siendo válido el análisis exhaustivo que de este precepto de la LDC hace ARPIO SANTACRUZ, J.L., “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 351 a 378.

99 Acceso web: <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>.

100 La Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o CNMC) lo expuso ya en su Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2020 (p. 22).

101 A estos efectos, exponía la CNC que se consideran fallos de mercado la existencia de externalidades negativas o positivas –dentro de las que se pueden incluir los bienes públicos– y la información asimétrica. Por externalidad se entiende “el beneficio (externalidad positiva) o coste (externalidad negativa) que imponen las acciones de un operador a terceros que no participan en la actividad o transacción en cuestión”. Por su parte, un “bien público” es aquel “cuyo consumo por un agente no excluye de su consumo a otros agentes ni reduce la cantidad disponible del mismo. Por ello, la provisión de un bien público genera una externalidad positiva sobre la colectividad. A su vez, la información asimétrica se presenta cuando

a través de este instrumento. No obstante, su simple presencia o invocación solo actúa como –condición necesaria pero no suficiente– para justificar su otorgamiento. Así, se afirmaba expresamente que, –cuando existe un fallo de mercado, la asignación de recursos resultante puede generar ineficiencias que una ayuda pública puede tratar de corregir. Por ello el instrumento de ayuda debe formular expresa y precisamente cuál es el problema que pretende solucionar–.

En ausencia de verdaderos fallos de mercado, el otorgamiento de ayudas públicas puede encontrar también justificación, como ya anticipamos, en la consecución de otros objetivos públicos de interés común, para cuya consecución las administraciones públicas pueden querer intervenir en los mercados, con el objetivo de alcanzar resultados o asignaciones que se consideran más –equitativos– y cuyas potenciales consecuencias negativas sobre la eficiencia en la asignación de los recursos públicos encontraría justificación en sus efectos –distributivos–.

Es en este contexto donde el conocido como «test de eficiencia» adquiere un papel especialmente relevante. Este primer informe ofrecía ya una sencilla metodología que se basaba en la respuesta a tres interrogantes que el organismo público que diseñara una ayuda pública debía responder previamente a su otorgamiento. En estos casos es preciso desarrollar un verdadero “test de eficiencia”, debiendo sopesarse adecuadamente que “las ventajas derivadas del interés común que se persigue han de demostrarse inequívocamente superiores al perjuicio en el funcionamiento eficiente de los mercados que con frecuencia conlleva”.

Este test se basaba en la respuesta a tres interrogantes, aparentemente sencillos, que el organismo público que diseña una ayuda pública debe responder previamente a su otorgamiento:

1. ¿Está la medida dirigida a un objetivo de interés común bien definido?
2. ¿Resulta pertinente conseguir este objetivo de interés común mediante una ayuda pública? En tal caso, ¿está la ayuda bien concebida para conseguir dicho objetivo?, subdividido en tres cuestiones adicionales:
 - i. ¿Es la ayuda estatal un instrumento político apropiado?
 - ii. ¿Hay un efecto de incentivo o, en otras palabras, cambia la ayuda el comportamiento de las empresas o de los inversores?
 - iii. ¿Es la medida de ayuda proporcionada o, en otras palabras, podría el mismo cambio de comportamiento obtenerse con menos ayuda?
3. ¿Los falseamientos de la competencia y el efecto sobre el comercio son limitados de modo que el equilibrio general sea positivo?

Este análisis ha sido sustituido, como recuerda la CNMC¹⁰², por lo que denomina la Comisión Europea –y recoge la CNMC– la aplicación de unos –principios comunes–;

- i. Contribución a un objetivo bien definido de interés general.
- ii. Necesidad de intervención estatal (fallos de mercado, por ejemplo).
- iii. Adecuación del instrumento.

los agentes participantes en una transacción poseen distinta información sobre las variables relevantes en la toma de decisiones tales como los precios, cantidades u otras condiciones comerciales”.

102 Cfr. CNMC, *Informe Anual sobre las Ayudas Públicas en España*, 2016 (IAP/CNMC/001/2016), p. 7.

- iv. Efecto incentivador.
- v. Proporcionalidad (la ayuda debe estar limitada al mínimo necesario).
- vi. No efectos negativos innecesarios sobre competencia o mercado interior.
- vii. Transparencia.

No cabe duda, sin embargo, de que, incluso desde esta rigurosa perspectiva de eficiencia económica en la actual situación de pandemia y sus inevitables consecuencias económicas, más que de “fallo de mercado”, podría hablarse realmente de que “no existe mercado” o que, al menos, el mercado está reaccionando ante una situación tan anómala que las reglas ordinarias de su funcionamiento se han vuelto, en muchos casos y respecto de determinados sectores, inaplicables, bien porque ha parado la producción o prestación de servicios en condiciones normales o porque determinados sectores se encuentran ante un incremento exponencial de la demanda que les otorga un poder inimaginable en otras circunstancias. Por ello, el MTAE, y ahí está uno de sus aciertos, articula medidas específicas dirigidas a objetivos muy precisos: garantizar la liquidez de las empresas viables, estimular la I+D ligada a la pandemia, atender necesidades sociales y laborales causadas directamente por las medidas adoptadas para la lucha contra la misma (de modo singular los confinamientos y las limitaciones de aforo y presencia de trabajadores (y la subsistencia financiera de las empresas viables que ven mermado su capital para hacer frente a pérdidas).

En el caso de las ayudas europeas a los Estados, salvo que cofinancien ayudas otorgadas por los Estados, la perspectiva no debería ser muy diferente.

Existe una disponibilidad de recursos cuya asignación, dentro de los límites asignados a los potenciales Estados beneficiarios, está condicionada a la presentación de proyectos concretos que respondan a los objetivos del fondo o mecanismo correspondiente, de manera singular.

El MRR, tal y como hemos señalado, responde precisamente a ese objetivo: impulsar la recuperación económica y estimular objetivos específicos de interés europeo. Por ello, la eficiencia se sitúa primordialmente, y como ocurre con las demás ayudas públicas, en el diseño adecuado de proyectos viables que puedan financiarse con cargo a los fondos puestos a disposición por la UE (MRR), eligiendo entre ellos aquellos cuyos efectos sean más positivos tanto desde la perspectiva del Estado (o, en el caso de España, de la comunidad autónoma que los presente y mejor satisfagan el objetivo impulsado por la UE).

La lógica exige presentar tantos proyectos como la asignación de recursos prevista haga posible, teniendo en cuenta, no obstante, no tanto agotar dichos fondos como asignarlos eficientemente y valorando sus efectos positivos para la economía directamente beneficiada (en nuestro caso, España) y el conjunto de la UE.

El hecho de que los proyectos hayan de ser evaluados por la propia UE supone ya un parámetro de referencia a la hora de diseñar los proyectos y cuantificar su importe, valorando su incidencia real en el ámbito territorial en el cual el proyecto vaya a desarrollarse.

Regap



ESTUDIOS

Desde esa perspectiva, la evaluación de las ayudas estatales propuesta por la CNC y la CNMC puede ser de utilidad al aportar elementos de valoración adicionales pero necesarios.

5 Reflexión final

No cabe duda –aunque a menudo se olvide– de que el arte de la política se basa en la realización de elecciones acertadas. En los sistemas democráticos los ciudadanos eligen a los políticos para que estos, investidos de la potestad del mandato recibido, hagan elecciones; es decir, elijan qué decisiones tomar, en qué momento y cómo tomarlas. En época de pandemia, la situación no solo es la misma, sino que las condiciones de las elecciones que es necesario realizar se hacen más extremas y sus consecuencias, más graves. Cuando se opta por una medida y se le asignan fondos públicos, es preciso recordar que esa elección afecta a otras; para ello baste recordar cómo numerosos manuales de economía definen a esta disciplina: la “ciencia de la escasez”, ya que se sostiene que esta se ocupa de cómo se asignan unos recursos que por definición son limitados para unos fines que pueden ser ilimitados. Este es, sin duda, un momento decisivo en el que se tienen que tomar decisiones a corto plazo, pero también y, sobre todo, a medio y largo plazo. Todos nos jugamos mucho, pues está en juego no solo nuestro presente, sino también nuestro futuro.

Bibliografía

- ARPIO SANTACRUZ, J.L., “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, Beneyto Pérez, J.M. y Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009.
- BUENDÍA SIERRA, J.L., “Comisión Europea, competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, *Webinar – Asociación Española de Defensa de la Competencia*, 24 de abril de 2020. Acceso web: <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>.
- CNMC, *Informe Anual sobre las Ayudas Públicas en España*, 2016.
- EUROPEAN COMMISSION, SA.57035, *COVID-19 Support to R&D projects, testing -infrastructures and production of COVID 19 related products*, State Aid Cases, Portugal, abril de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57035.
- EUROPEAN COMMISSION, SA.57082, *COVID-19 Cadre temporaire 107(3)(b). Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France*, State Aid Cases, France, mayo de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082.
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis*, News Financial Conduct Authority, 8 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>.

- LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, *State Aid Uncovered*, 27 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.lexxion.eu/stateaidpost/identification-of-undertakings-in-difficulty/>.
- NICOLAIDES, Ph., “Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines”, *State Aid Uncovered*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/>.
- NICOLAIDES, Ph., “The Concept of SME, Indirect Control by Public Bodies and New Problems for Public Universities and Research Organisations”, *State Aid Uncovered*, 3 de noviembre de 2020. Acceso web: https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/the-concept-of-sme-indirect-control-by-public-bodies-and-new-problems-for-public-universities-and-research-organisations/?utm_source=NL&utm_medium.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías n. 24, Santiago de Compostela, 2003. Acceso web: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicaseneleapialdelasempresas.pdf>.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 117, enero-marzo, 2010.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas a la banca y crisis financiera en España”, *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá-Colombia, 2020.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control”, *Anuario de la Competencia 2020*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2020 (en prensa).
- RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- URRACA CAVIEDES, C., “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017.

Regap



ESTUDIOS

VELASCO DE PEDRO, L.A., *et al.* (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

WILSON, T. y GNATZI, P., “COVID-19 and EU State aid recapitalisation”, *Kluwer Competition Law Blog*, 15 de mayo de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>.

WILSON, T., GNATZY, P. y CRANLEY, S., “The EC’s third amendment to the State aid Temporary Framework”, *Kluwer Competition Law Blog*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 401-421
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4631>
© Fernanda Paula Oliveira
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 09/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

La ordenación del territorio y los retos que plantean las áreas de baja densidad de población: breves notas sobre la realidad portuguesa

O ordenamento do territorio e os desafíos colocados pelas áreas de baixa densidade: breves anotações sobre a realidade portuguesa

Spatial planning and the challenges posed by low population density areas: brief notes on the Portuguese reality

60 Regap

Regap



ESTUDIOS

FERNANDA PAULA OLIVEIRA

Profesora Asociada de la Facultad de Derecho, Instituto Jurídico
Universidad de Coímbra
<https://orcid.org/0000-0001-8021-7020>
fpaula@fd.uc.pt

Resumo: A correção de desequilíbrios territoriais é um dos principais objetivos das políticas de ordenamento do território e do urbanismo. Com o presente texto pretende dar-se a conhecer alguns programas que neste domínio têm sido aprovados em Portugal com vista a garantir a coesão territorial e a valorização das áreas de baixa densidade.

Palavras chave: ordenamento do território, urbanismo coesão territorial, baixa densidade, valorização do interior.

Resumen: La corrección de los desequilibrios territoriales es uno de los principales objetivos de las políticas de ordenación del territorio y de la actividad urbanística. Con este texto se pretende dar a conocer algunos programas que en este campo han sido aprobados en Portugal con el fin de garantizar la cohesión territorial y la puesta en valor de zonas de baja densidad de población.

Palabras clave: ordenación del territorio, urbanismo, cohesión territorial, baja densidad de población, valorización del interior.

Abstract: The correction of territorial imbalances is one of the main objectives of land use and urban planning policies. With this text we intend to present some programs approved in Portugal to guarantee territorial cohesion and to value rural areas in socioeconomic decline.

Key words: spatial planning, urban planning, territorial cohesion, low density population, valorization of rural areas.

SUMARIO: 1 La ordenación del territorio. 2 Los problemas territoriales en Portugal. 3 Las políticas de ordenación del territorio y de la actividad urbanística para combatir los desequilibrios (e injusticias) territoriales. 4 Algunos programas que, en Portugal, tienen como objetivo corregir los desequilibrios territoriales. 5 Notas adicionales. 6. Conclusión.

1 La ordenación del territorio

La ordenación del territorio puede entenderse como la aplicación al suelo de todas las políticas públicas, económicas, sociales, urbanas y medioambientales, que surgen indisociablemente ligadas al objeto *espacio* y a *sus valores*: en su condición de política pública, la ordenación del territorio tiene como objetivos tanto ordenar el espacio y las actividades ya instaladas y las que se pretenden instalar allí como la puesta en valor de los territorios teniendo en cuenta las necesidades, a veces antagónicas, de desarrollo económico y de equilibrio o cohesión territorial.

Estos aspectos incrementan la complejidad de esta acción pública, que, además, plantea los problemas desde una *perspectiva prospectiva*, considerando la ubicación de las actividades no como es, sino como debería ser tras la intervención de los mecanismos adecuados. Por ello, esta política pública está fuertemente ligada al factor *tiempo*, efectuando una conjugación (deseablemente óptima) entre este y el *espacio*.

La ordenación del territorio posee características de *transversalidad* (o intención coordinadora) y *anticipación* (o carácter prospectivo); pero, además, debe entenderse como una forma de *acción global*, porque no solo toma como referencia *integral* el territorio nacional –que se pretende equilibrar mediante la potenciación de las ventajas relativas de cada región y la reducción de sus desventajas–, sino que tiene igualmente en consideración a territorios pertenecientes a varios Estados, que requieren una consideración conjunta.

Desdoblando el territorio –objeto principal de esta disciplina– en un componente *físico o espacial* (de ordenación del espacio) y un componente *económico* (de desarrollo económico), la ordenación del territorio los combina armónicamente, de cara a la política económica en su vertiente de desarrollo regional y social.

En definitiva, la ordenación del territorio se corresponde con una política pública que contempla de manera amplia el territorio, traduciendo una visión *global* de los problemas que las implantaciones territoriales y las actividades humanas determinan en el territorio. Se corresponde, pues, con una política preocupada por la *espacialización de las actividades humanas*, desde una perspectiva de *desarrollo económico, social y medioambiental*, buscando, además, la articulación y coordinación de las *distintas políticas sectoriales*.

Es decir, se corresponde con una función pública *horizontal* que condiciona (debe condicionar) las *funciones públicas sectoriales*, con el fin de *corregir los desequilibrios territoriales* y los problemas y *desigualdades existentes en el territorio*, para evitarlos, combatirlos, minimizarlos o corregirlos, compatibilizando los intereses públicos con el desarrollo económico y la mejora de la calidad de vida de las poblaciones¹.

2 Problemas territoriales en Portugal

Para obtener una correcta perspectiva de los problemas de ordenación del territorio en Portugal, resulta necesario tener en cuenta aquellos elementos que se consideran factores de estabilidad, y factores de inestabilidad.

El primer grupo incluye el *territorio* (con las fronteras del país estabilizadas desde hace siglos, aunque en constante articulación con las fronteras resultantes de los tratados de la Unión Europea); el *tejido urbano* y también los municipios, como elementos de organización y gestión del territorio. El segundo grupo incluye la *población* (con tasas de crecimiento muy bajas) y los *niveles supramunicipales de gestión del territorio*.

Además de estos factores, también hay que tener en cuenta la situación urbanística de los últimos años (no resuelta, sino potenciada por los instrumentos de planificación territorial que se han venido desarrollando). Esta situación se caracteriza por: (a) refuerzo de la “litoralización” (y abandono del interior) así como la aceleración del proceso de urbanización; (b) abandono y degradación de los centros históricos, con el desplazamiento de la población hacia periferias infradotadas y descalificadas; (c) urbanización descontrolada con tendencias dispersivas (alta densidad de población fuera de algunos perímetros urbanos), con un ensanchamiento sobredimensionado e irreal de esos mismos perímetros; (d) aumento del número de viviendas desocupadas y deterioradas dentro de los perímetros urbanos de los grandes centros, que se congestionan durante el día; (e) ocupación irracional de la tierra, resultado de iniciativas privadas inconexas, desarticuladas y carentes de movimientos asociativos o de alianzas público-privadas, consistiendo casi siempre en licencias aisladas; (f) deficiencias e insuficiencias en la infraestructura urbana y en las instalaciones y espacios públicos; (g) segregación social frecuente e indeseable del espacio; (h) pérdida de identidad en algunas periferias urbanas y, en situaciones más flagrantes, también en centros urbanos; (i) deficiente fiscalidad urbanística, favoreciendo la tendencia a la especulación inmobiliaria; (j) ausencia de una política de suelo eficaz y justa; y (k) marginación de extensas zonas rurales, con su abandono, envejecimiento y despoblación, así como con pérdida de sus características tradicionales².

Ante esta situación, el primer Programa Nacional de Política de Ordenación del Territorio (PNPOT) aprobado en 2007 (Ley n. 58/2007, de 4 de septiembre, modificada por Declaraciones de Rectificación n. 80-A / 2007, de 7 de septiembre y n. 103-A/2007,

1 Para ampliar la información sobre la noción y el ámbito del derecho de la ordenación del territorio, cfr. ALVES CORREIA, F., *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 72 e ss.; OLIVEIRA, F.P., *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 3ª ed., revisada y ampliada, AEDREL, Braga, 2018, pp. 11 y ss.

2 Cfr. OLIVEIRA, F.P., “Ponto da situação em matéria de planeamento do território: avaliação geral do processo de planeamento e suas perspetivas”, *O Direito e a Cooperação Ibérica II*, II Ciclo de Conferências, Centro de Estudos Ibéricos, 2006.

de 23 de noviembre) añadió, identificándolos, 24 problemas para la ordenación territorial en Portugal, agrupándolos en seis grandes núcleos problemáticos: (1) recursos naturales y gestión de riesgos; (2) desarrollo urbano; (3) transporte, energía y cambio climático; (4) competitividad entre territorios; (5) infraestructuras y servicios colectivos; y (6) cultura cívica, planificación y gestión territorial (6).

En este sentido, conviene mencionar con especial énfasis el objetivo del (2) *desarrollo urbano*, en relación con el cual han surgido los problemas de la expansión desordenada de las áreas metropolitanas y otras áreas urbanas y la *despoblación* y la *fragilidad demográfica y socioeconómica* de grandes áreas, especialmente las del interior del país.

Buena parte de estos problemas provocan injusticias: desde el principio, la injusticia de vivir en un territorio determinado, que deriva precisamente de la existencia de los fuertes desequilibrios territoriales que se dan en el territorio portugués: (i) un interior deshabitado, envejecido y empobrecido; (ii) dos grandes áreas metropolitanas desarrolladas y (iii) ciudades pequeñas y poco atractivas.

3 Las políticas de ordenación del territorio y de la actividad urbanística para combatir los desequilibrios (e injusticias) territoriales

Según el artículo 81 de la Constitución de la República Portuguesa, compete al Estado de forma prioritaria, en lo relativo al ámbito económico y social:

“d) Promover la cohesión económica y social en todo el territorio nacional, orientando el desarrollo hacia un crecimiento equilibrado en todos los sectores y regiones y eliminando progresivamente las diferencias económicas y sociales entre la ciudad y el campo y entre la costa y el interior;

e) Promover la corrección de las desigualdades derivadas de la insularidad de las regiones autónomas y favorecer su progresiva integración en espacios económicos más amplios, a nivel nacional o internacional”.

Ahora, las políticas de ordenación del territorio y urbanismo [que en Portugal obtienen un tratamiento global e integrado en la Ley de Bases de Políticas Públicas de Suelo, Ordenación del Territorio y Urbanismo (Ley n. 31/2014, de 14 de mayo)] tienen, precisamente, algo importante que decir al respecto.

Cabe señalar, desde luego, que esta Ley determina (en su artículo 2) que, entre otros, los propósitos de estas políticas públicas son: [b]) el desarrollo sostenible, la competitividad económica territorial y la creación de empleo; [c]) fortalecer la cohesión nacional; [c]) la corrección de asimetrías regionales, especialmente, de territorios de baja densidad de población; [c]) la organización del territorio para contener la expansión urbana y la edificación dispersa; [c]) asegurar la igualdad de oportunidades para los ciudadanos en el acceso a infraestructuras, equipamientos, servicios y funciones urbanas, y en particular, a los equipamientos y servicios que promuevan

el apoyo a la familia, las personas mayores y la inclusión social; [d)] aumentar la resiliencia del territorio a los efectos de fenómenos meteorológicos extremos; [g)] la racionalización, rehabilitación y modernización de los centros urbanos, asentamientos rurales y la coherencia de los sistemas en los que operan”; [l)] fomentar el potencial de las zonas agrícolas, forestales y silvopastoriles.

También se destaca la defensa, por parte de esta Ley, de los principios de la política de ordenación del territorio y de la actividad urbanística (artículo 3), entre los que destacan: el principio de equidad territorial, que se garantiza mediante la “*coordinación y compatibilización de las políticas públicas con impacto territorial con las políticas de desarrollo económico y social, asegurando un adecuado equilibrio de intereses públicos y privados*”. [apartado d)]; el principio de solidaridad intra e intergeneracional, asegurando la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras y un desarrollo socioeconómico equilibrado [apartado a)].

También, y de conformidad con esta Ley (artículo 37), los objetivos de la gestión territorial son: la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones [apartado a)]; la correcta distribución y ubicación en el territorio de las actividades económicas, funciones de vivienda, trabajo, cultura y ocio [apartado b)]; la creación de oportunidades de empleo diversificadas como medio de asentamiento de la población, especialmente en las zonas menos desarrolladas [apartado c)]; la adecuación de los niveles de densidad urbana, evitando la degradación de la calidad de vida, así como el desequilibrio de la organización económica y social [apartado e)]; la monetización de las infraestructuras, evitando la extensión innecesaria de redes y perímetros urbanos y racionalizando el uso de áreas intersticiales [apartado f)]; la rehabilitación y revitalización de los centros históricos y elementos del patrimonio cultural catalogados así como el parque de viviendas correspondiente, priorizando estas acciones frente a nuevas construcciones (apartado h)]; promover la accesibilidad de todos los ciudadanos a los edificios, así como a los espacios de uso público y colectivo (apartado i)].

A continuación y como desarrollo de esta Ley de Bases, el legislador prevé un conjunto de instrumentos que permiten alcanzar los objetivos y principios antes mencionados, y en especial los instrumentos de gestión territorial (es decir, los planes territoriales), que se presentan como instrumentos de *promoción de la cohesión territorial y la cohesión social*, integrando reglas y criterios para la ubicación de las actividades humanas y la clasificación del suelo, abordando y ponderando los problemas territoriales (en particular en áreas poco pobladas y con problemas territoriales, que suelen coincidir con las zonas en las se encuentran las personas más vulnerables).

También los fondos municipales (utilizados para diversos fines, incluida la remuneración por servicios ecosistémicos), transferencias de edificabilidad (utilizadas para diversos fines) y operaciones de estructuración de propiedades (en particular, para reducir o eliminar los inconvenientes socioeconómicos de la fragmentación y dispersión de la propiedad), así como las medidas fiscales, son referidas por la legislación portuguesa como instrumentos que pueden utilizarse para corregir los desequilibrios territoriales y, de esta forma, afrontar diversos problemas, y entre

Regap



ESTUDIOS

ellos la despoblación de extensas áreas del territorio nacional (zonas degradadas o con baja densidad de población), localizadas fundamentalmente en el interior del país.

4 Algunos programas que, en Portugal, tienen como objetivo corregir los desequilibrios territoriales

i. Por lo que respecta a las políticas de cohesión territorial (en particular, la corrección de los desequilibrios territoriales), los documentos de la Unión Europea definen las principales directrices y señalan las prioridades de intervención. Sin embargo, la conversión de estos planteamientos políticos en medidas concretas es una tarea que debe asumir cada país.

En Portugal, se ha optado por posponer la tarea de implementar el principio de cohesión territorial. Todo ello, sin perjuicio de la aprobación de algunos instrumentos de orientación estratégica, incluido el Programa Nacional de Desarrollo Rural (PENDR 2007-2013), los Planes Regionales de Ordenación del Territorio (2007-2011), el Marco de Referencia Estratégico Nacional - Portugal 2007-2013 y la Estrategia Nacional de Desarrollo Sostenible (ENDS 2015), que tienen puntos comunes en cuanto a la promoción del desarrollo territorial, en concreto: (i) la promoción de conexiones en red y la organización multicéntrica del territorio; (ii) la equidad en el acceso a los Servicios de Interés General y (iii) la puesta por la gobernanza territorial, desde la perspectiva de la articulación de actores y políticas.

Sin embargo, la falta de medidas concretas de intervención política que faciliten la operatividad del principio de Cohesión Territorial ha sido una constante.

En todo caso, el principio de Cohesión Territorial, además de integrar hoy en día la expresión política de las prioridades nacionales en lo relativo a la promoción de un desarrollo armónico del espacio y la superación de las condiciones de desventaja sistemática que aún enfrentan algunos territorios, ha contribuido al reconocimiento de los pilares básicos sobre los que se sustenta: la cohesión económica y social, el multacentrismo, la sostenibilidad ambiental y los modelos adecuados de cooperación/gobernanza multinivel.

ii. La importancia de la cohesión territorial llevó, precisamente, al Gobierno a aprobar, en el año 2016, el *Programa Nacional de Cohesión Territorial* (Resolución del Consejo de Ministros n. 72/2016).

El escenario presentado en el Diagnóstico del Programa Nacional de Cohesión Territorial, que corresponde al Diagnóstico del país y del interior, apunta a un agravamiento de las condiciones de desventaja que enfrentan “*alrededor de 2/3 del territorio nacional*”, acentuando la despoblación, el envejecimiento y el empobrecimiento de dichas regiones, en una “*trayectoria insostenible*” que urge ser contrarrestada. Como dice Alcides Monteiro, la comprensión de “interior” es la de un territorio que comparte una característica demográfica común, la de baja densidad de población. Y que, asociado a esto, revela otros aspectos que configuran un “*círculo vicioso*”: otros rasgos demográficos (fuerte emigración y envejecimiento), económicos (escasez y poca diversidad de actividades económicas, alta tasa de paro), urbanos (tamaño

insuficiente de la mayoría de sus núcleos urbanos), institucionales (reducido abanico de entidades con atribuciones y competencias de proximidad) y relacionales (redes débiles de asociaciones y bajas tasas de participación e implicación de la población). La situación descrita corresponde a 165 municipios identificados, del total de 278 que conforman el territorio continental³.

El referido Programa Nacional de Cohesión Territorial tenía algunos antecedentes. Por ejemplo, el *Proyecto ASAS - Pueblos Sostenibles y Activos* que, entre 2011 y 2013, se centró en las comunidades rurales aisladas que constituyen una parte fundamental de la ocupación demográfica del interior de Portugal, región a la que está destinado el Programa Nacional de Cohesión Territorial.

El contacto con los territorios/pueblos y sobre todo con los que *viven lo rural de las maneras más diversas* permitió reunir aportaciones para la definición de propuestas de líneas de actuación política que estimulen la promoción de pueblos sostenibles. Por ejemplo, este proyecto propició la redacción de un *Programa Mínimo de Revitalización de Pueblos* (Animar/ADCM/ICE, 2013) en el que se planteaban cuatro recomendaciones: 1) fomentar la iniciativa de la sociedad civil, elemento vital de la dinámica de estos territorios, para que el Estado Central (o descentralizado) deje de verla como mediadora de sus políticas, y pase a considerarla como sujeto activo de los procesos de transformación; 2) la necesidad de que los municipios se asuman no como autores, sino, fundamentalmente, como recursos para los actores individuales y colectivos que promueven el desarrollo local; 3) la necesidad de que la recapitalización del mundo rural, en vista de su sucesiva descapitalización, se haga no sólo a través de la canalización de la inversión, sino mediante la revalorización del lugar; 4) la orientación de la financiación para el apoyo del desarrollo local para intervenciones multisectoriales, combinando acciones materiales con otras dirigidas al fomento de procesos y la calificación de personas y organizaciones, y la innovación social, definiendo un plan de gobernanza que considere los diferentes ámbitos territoriales de intervención y permita intervenciones plurianuales sujetas a evaluación periódica.

iii. Volviendo al Programa Nacional de Cohesión Territorial, el mismo consta de tres partes principales: la primera integra 164 medidas en los distintos ámbitos de la gobernanza tendente a abrir una nueva etapa en el desarrollo de los territorios del interior, contraria a la tendencia de despoblación, abandono y envejecimiento al que estos territorios han estado particularmente sujetos en las últimas décadas; la segunda define una *Agenda para el Interior*, y la tercera brinda una lectura actualizada del “Interior en Cifras”, es decir, las bases para un diagnóstico sobre el país y el interior.

Con ese Programa, el Gobierno pretendía afianzar positivamente el interior del país con vistas a crear condiciones favorables para el asentamiento de las personas y asegurar una nueva vitalidad y prosperidad sostenible en estos territorios, imponiendo políticas públicas sectoriales orientadas a tal fin; promover y poner en valor los recursos endógenos que allí existen; identificar y fomentar proyectos estructurales;

3 Cfr. MONTEIRO, A.A., “Territórios do interior, coesão territorial e modelos de governança: A propósito do Programa Nacional para a Coesão Territorial”, *Sociologia On Line*, n. 19, junho 2019, pp. 127-151. Disponible en: <https://revista.aps.pt/pt/territorios-do-interior-coesao-territorial-e-modelos-de-governanca-a-proposito-do-programa-nacional-para-a-coesao-territorial/> (consultado el 24 de octubre de 2020).

alineando competencias e inversiones; apostando por el desarrollo económico inteligente y el refuerzo de las actividades en red.

Con este Programa se establecieron varios ejes estratégicos dirigidos al interior, a saber:

a) Un interior + Cohesionado

Con este eje se busca construir sistemas capaces de promover la inclusión social y la equidad a través de una mayor igualdad de competencias territoriales, promoviendo una mejor articulación entre la oferta de servicios urbanos y rurales y proponiendo nuevos servicios con el fin de potenciar perspectivas intersectoriales e interniveles, teniendo en cuenta la calidad de vida.

Para su cumplimiento se han previsto la adopción de diferentes medidas, como por ejemplo la creación de incentivos para la colocación de profesionales médicos en zonas desfavorecidas; el refuerzo de la valoración de la educación politécnica y su articulación con el desarrollo económico, social y cultural; la proximidad a las Fuerzas de Seguridad Pública; la organización judicial (reactivación de tribunales cerrados); la reubicación de los servicios del Ministerio de Agricultura y Medio Ambiente en estas áreas, y la georreferenciación de fincas rústicas (catastro simplificado).

b) Un interior + Competitivo

Con este eje, se pretende ampliar las capacidades de desarrollo de los territorios del interior, potenciando nuevas estrategias de puesta en valor de sus recursos, activos y agentes, generando mayores niveles de atracción, y afirmando y consolidando una nueva competitividad.

Las siguientes medidas se integran en este eje: el Programa de Promoción del Turismo en los Pueblos Portugueses; Incentivos al Empleo; Valorización del Turismo Rural; Red de Apoyo al Emprendimiento; Incentivos para la creación o expansión/modernización de las micro y pequeñas empresas existentes; publicación de anuncios específicos para Territorios del Interior - Portugal 2020; Red de Escuelas Superiores Agrarias e INIAV; Red de Experimentos Agroindustriales; Programa de Promoción Económica de la Diáspora / Diáspora Promueve; Beneficios fiscales del IRC.

c) Un interior + Sostenible

El objetivo que se pretende alcanzar con este eje es potenciar la diversidad geográfica, integrando el paisaje, los recursos endógenos, el patrimonio natural y cultural del interior en aras de una mayor sostenibilidad, poniendo en valor la montaña, los espacios fronterizos y los territorios más periféricos.

Las medidas/instrumentos emblemáticos adoptados para llevar a cabo este eje son: Políticas Públicas para el uso de las Áreas Protegidas; los Planes Regionales de Ordenación Forestal; la Valorización del Capital Territorial, las Redes de Museos, Teatros y Cines Municipales, Archivos, Bibliotecas y Cineclubes, la Red de Investigación de Ecosistemas de Montaña Interior.

d) Un interior + Conectado

Este eje pretende reforzar la conectividad de los territorios del interior, facilitando su inserción en espacios más amplios, a fin de potenciar las relaciones entre las bases

productivas costa-interior, fronterizas y la diáspora, generando así nuevas formas de articulación y organización para la cohesión, competitividad y sostenibilidad.

Para lograr este eje, se plantean las siguientes medidas emblemáticas: la cobertura de banda ancha móvil en más de 1000 *freguesias* (Pueblos 4G Sostenibles), la Plataforma Nacional de Cooperación Transfronteriza - PROVERE Transfronterizos, (con los ríos Miño, Duero, Tajo y Guadiana como elementos aglutinadores, así como las Sierras transfronterizas de Gerês, Montesinho, Malcata y São Mamede), las Cumbres Regionales Transfronterizas, el Plan Estratégico de Accesibilidad de Proximidad, y el Plan Ferroviario 2020.

e) Un interior + Colaborativo

Este eje tiene como objetivo promover la transversalidad de la actuación interministerial, valorizando los líderes locales y la capacitación institucional, difundiendo plataformas de diálogo, cocreación, experimentación e implementación de políticas a favor de procesos innovadores de gobernanza territorial.

Para ello, se prevé activar redes de cooperación para la innovación en el interior (administración, conocimiento, empresas y sociedad civil) y la evaluación y seguimiento de políticas públicas en los territorios del interior.

Además de estos ejes, la Agenda para el Interior, que forma parte del Programa Nacional de Cohesión Territorial, incluye ocho iniciativas/agendas interministeriales e interinstitucionales, organizadas en torno a retos estructurales y problemáticas planteadas por el desarrollo de los territorios del interior, tales como: (1) el Envejecimiento con Calidad; (2) la Innovación de la Base Económica; (3) el Capital Territorial; (4) la Cooperación Transfronteriza; (5) la Relación Rural-Urbana; (6) la Accesibilidad Digital; (7) Atractivo Territorial; y (8) Enfoques, Redes y Participación.

Cabe señalar que en el marco de este Programa, el Gobierno, a través de la Resolución del Consejo de Ministros n. 3/2016, de 14 de enero, encomendó a la *Unidad de Misión para la Valorización del Interior* (UMVI) llevar a cabo la creación, implementación y supervisión de dicha Agenda, así como la promoción de medidas de desarrollo interministerial para el territorio interior.

iv. Un año y medio después de su implementación, en junio de 2018, esa Unidad de Misión llevó a cabo una evaluación y balance de la implementación de las medidas contenidas en el Programa Nacional de Cohesión Territorial, que resultó en la reorganización y recalendarización de las medidas en curso y la incorporación de nuevas medidas a emprender, adaptándolas a los nuevos retos y contextos socioeconómicos e incorporando las aportaciones de la sociedad civil, en particular del *Movimiento por el Interior*. A partir de ese momento, el Programa Nacional de Cohesión Territorial pasó a denominarse *Programa de Valorización del Interior* (Resolución del Consejo de Ministros n. 116/2018, de 6 de septiembre).

De forma muy breve, este “nuevo” programa se basa en tres opciones estratégicas principales:

- a) Atraer inversiones que generen empleo y permitan fijar a la población.

Regap



ESTUDIOS

Para contrarrestar las tendencias de abandono del territorio y el envejecimiento, se considera necesario, en este Programa, asegurar saldos migratorios positivos, lo que requiere la fijación de la población activa y la atracción de nuevos residentes.

A su vez, el esfuerzo por atraer inversiones requiere contrarrestar las tendencias naturales del mercado, por lo que se apuesta por: (i) la creación de programas específicos orientados a la creación de empleo, que aseguren el apoyo exclusivo de las inversiones destinadas a los territorios del interior; (ii) la implementación de programas específicos en el sector turístico; (iii) la valorización de los recursos endógenos, a través de la apuesta por la investigación científica y el trabajo entre empresas e instituciones de educación superior del interior; (iv) la promoción de competitividad fiscal en territorios de baja densidad de población, particularmente vinculada a la inversión y la generación de empleo; y (v) compensar los costes contextuales de las actividades comerciales, mediante la reducción de los peajes para las actividades comerciales y de transporte de mercancías.

Al mismo tiempo, se reconoce la diversidad de los territorios del interior, que incluye realidades tan diversas como la existencia de regiones con su propia dinámica y estabilización o incluso crecimiento demográfico (especialmente capitales de distrito y ciudades con instituciones de educación superior) y regiones particularmente frágiles desde un punto de vista demográfico y económico.

b) Valorización del capital natural y conservación del paisaje.

Según el Programa de Valorización del Interior, la nueva realidad demográfica no puede conducir al abandono del territorio rural, cuyas consecuencias (que quedaron en evidencia con las tragedias de los incendios forestales de 2017), podrían conducir a una degradación irreversible de la calidad ambiental del país, en un momento en el que este se enfrenta a la amenaza irreversible del cambio climático. Por eso, en lo que respecta a la gestión del territorio, se hace hincapié en la valorización de los recursos endógenos o el apoyo a las pequeñas explotaciones agrícolas. También se apuesta por el fortalecimiento de las estructuras del Estado en materia de gestión de los territorios rurales, con el fortalecimiento de la Autoridad Nacional Forestal (el Instituto para la Conservación de la Naturaleza y Bosques, I.P.), y su presencia descentralizada en estos territorios.

c) Promoción de la equidad en el acceso a los servicios públicos por parte de la población de territorios con baja densidad de población.

Esta opción estratégica se basa en una mejor articulación entre la oferta de servicios urbanos y rurales y una distribución más justa y equitativa de recursos y oportunidades en el territorio. Si bien las tendencias de concentración poblacional se han acentuado en los mayores centros urbanos del interior, particularmente en las capitales de distrito, el Gobierno reconoce en este programa que continúan existiendo conglomerados dispersos, con una población cada vez más escasa y envejecida que necesita una atención especial.

Para implementar estas opciones estratégicas, el Programa de Valorización del Interior prevé más de 60 medidas, a saber: (i) refuerzo de los mecanismos de transferencia de servicios públicos al interior; (ii) implantación en el interior de

estructuras operativas, de formación y de mando de las fuerzas y servicios de seguridad y protección civil; (iii) incentivos a la movilidad geográfica, en particular para los funcionarios; (iv) reducción del Impuesto de Sociedades (IRC, por su sigla en portugués) por la creación de puestos de trabajo vinculados a los territorios del interior; (v) Incremento de los beneficios fiscales para la inversión en el interior; (vi) Programa de Captación de Inversiones para el Interior, materializado en un conjunto de apoyos e incentivos, incluyendo una Línea Específica de Apoyo al Interior para Proyectos Empresariales de Interés Estratégico; (vii) Fomento de la educación superior, asegurando la redistribución regional de plazas en la educación superior pública.

v. En 2020 se aprobó una nueva Resolución del Consejo de Ministros –la Resolución del Consejo de Ministros n. 18/2020, de 27 de marzo– que revisó las medidas del Programa de Valorización del Interior para seleccionar acciones específicas en los territorios del interior con impacto significativo en esos mismos territorios e incorporar nuevas iniciativas, particularmente, soluciones orientadas a dinámicas de mayor proximidad, programas de financiación con dotación y criterios específicos adaptados al interior, así como proyectos territorializados diseñados en red y dirigidos a incrementar la competitividad.

En conformidad con esta nueva Resolución del Consejo de Ministros, las iniciativas incluidas en la revisión de dicho programa se organizan ahora según los siguientes ejes prioritarios, en una lógica de transversalidad e implementación:

Eje 1: Valorizar los recursos endógenos y la capacidad empresarial en el interior.

Eje 2: Fomentar la cooperación transfronteriza para la internacionalización de bienes y servicios.

Eje 3: Atraer inversiones y fijar población en el interior.

Eje 4: Hacer más competitivos los territorios del interior.

Tal como consta en el preámbulo de esta Resolución del Consejo de Ministros:

“los supuestos de la revisión del PVI encajan con los retos estratégicos del Programa de Gobierno y el ciclo político actual, en línea con los objetivos actuales de la Unión Europea: combatir el cambio climático, responder al reto demográfico, construir la sociedad digital y reducir desigualdades. (...).

Para ello, las políticas basadas en el reconocimiento de las ventajas insustituibles de la inmigración regulada e integrada, en sus múltiples variantes de atracción, regulación e integración, así como las políticas de apoyo a portugueses y descendientes de portugueses que retornen a Portugal, apostando por los recursos humanos y los talentos de la diáspora calificada, son hoy en día fundamentales para el desarrollo y la sostenibilidad del país”.

Para la implementación de los ejes prioritarios antes mencionados, el Consejo de Ministros aprobó un conjunto de medidas que buscan, precisamente, asegurar la sostenibilidad y valorización de los territorios del interior mediante el uso de su potencial endógeno, el asentamiento de personas y la afirmación de regiones transfronterizas.

En cuanto a las medidas que promueven *el asentamiento de personas en estos territorios*, se aprobaron las siguientes:

Regap



ESTUDIOS

– El Decreto Ley n. 40/2020, de 17 de julio, que crea un *Programa de Incentivos para la Fijación de Trabajadores del Estado en el Interior*, que abarca tanto incentivos económicos como otros aspectos relacionados con la prestación del trabajo. De esta forma, se están realizando esfuerzos para reforzar los incentivos a la movilidad geográfica en el mercado laboral y adoptar políticas activas de repoblación de territorios con baja densidad de población.

– El *Programa “Trabajo en el interior”*, aprobado por Resolución del Consejo de Ministros n. 16/2020, de 27 de marzo, una iniciativa que tiene como objetivo apoyar e incentivar la movilidad geográfica de los trabajadores hacia los territorios del interior. El Programa se enmarca dentro de la medida “Empleo Interior MÁS”, que consiste en una ayuda económica de hasta 4.827 euros para los trabajadores que decidan ir a vivir y trabajar en un territorio del interior, que podrá incrementarse según el tamaño del núcleo familiar que se traslade con él de forma permanente, y una parte de los gastos asociados al transporte de enseres. Además prevé incentivos y apoyo en materia de prácticas profesionales y contratación por empresas. El Programa también se beneficia de la medida de apoyo al retorno de emigrantes, prevista en otro Programa, titulado “Regresar”, que ahora incluirá un incremento del 25% respecto al apoyo ya concedido. Para facilitar los traslados, también se aprueba la medida “Vivir en el Interior”, para el desarrollo de redes de apoyo locales y regionales para la difusión e implementación del “Llave en Mano”⁴, y otros instrumentos de política nacional de la vivienda a la disposición de los municipios y que impulsa proyectos piloto municipales con el fin de mejorar el acceso a la vivienda y las condiciones de vida de las poblaciones.

En el marco del *fortalecimiento de la sostenibilidad y valorización del interior*, se aprobaron:

– El desarrollo de los *Programas + CO3SO Conocimiento y + CO3SO Digital*, para la puesta en valor de los territorios del interior. Con el objetivo de crear condiciones para el desarrollo social y económico de los territorios, con la promoción del empleo calificado y la innovación y transferencia de tecnología, estos programas prevén el lanzamiento de convocatorias con presupuestos destinados al interior del país, adaptados a las necesidades específicas de estos territorios.

– El *Programa de movilidad de estudiantes “Conocer Portugal”* (Resolución del Consejo de Ministros n. 14/2020, de 27 de marzo), diseñado para apoyar la realización de prácticas y actividades de I + D en las regiones portuguesas con menor densidad de población de Portugal, incluidas las regiones autónomas de las Azores y Madeira.

– El lanzamiento del *Programa Internacional de Investigación sobre Montesinho*, (Resolución del Consejo de Ministros n. 15/2020, de 27 de marzo), sobre actividades de investigación y desarrollo que promuevan la relevancia internacional del Parque Natural de Montesinho, y la creación del Observatorio de Montesinho en el complejo de infraestructuras de Lama Grande en el Parque Natural de Montesinho, incorporando las fincas al Fondo Revive Naturaleza. El objetivo de este programa es monitorear los

4 Se trata de un Programa de Movilidad de Vivienda que permite a las familias que residen en territorios con fuerte presión urbana, que desean trasladar su domicilio a territorios poco poblados, poner sus viviendas a disposición en alquiler asequible.

elementos ambientales relevantes para estudiar la dinámica de los ecosistemas de Montesinho frente al cambio climático, promoviendo la educación ambiental y apoyando el turismo científico y de naturaleza asociado a los ecosistemas de Montesinho.

También se han discutido otras iniciativas con el fin de mejorar la calidad de vida en los territorios del interior, reforzar la movilidad de las personas y promover la competitividad y el desarrollo económico y social. Este es el caso de la *Estrategia de Cohesión Territorial*, con la que se pretende dar más coherencia a las políticas regionales y las políticas sectoriales que tienen un impacto territorial, buscando también clarificar la política de ciudades, asignando funciones claras a los grandes centros metropolitanos, las ciudades medianas, pequeños núcleos, y potenciando la relación territorial y funcional rural/urbana. Este es también el caso de la *Estrategia Común de Desarrollo Transfronterizo*, cuyo objetivo es promover relaciones de cooperación sólidas y estables en las zonas fronterizas entre Portugal y España, donde se ha producido una disminución de la densidad de población y un menor desarrollo económico, e impulsar el progreso económico, social, ambiental y territorial.

Esta estrategia tiene como objetivo mejorar la movilidad transfronteriza; garantizar la infraestructura y la conectividad territorial; promover la gestión conjunta de los servicios básicos en las áreas de educación, salud, servicios sociales, protección civil u otros; impulsar el desarrollo económico y la innovación territorial; mejorar el medio ambiente, potenciar los núcleos urbanos e impulsar las actividades culturales.

iv. Cabe señalar, para finalizar este breve recorrido, que los programas que acabamos de mencionar están alineados con el Programa Nacional de Política de Ordenación del Territorio (PNPOT), que es el principal instrumento del Sistema de Gestión Territorial, definiendo opciones estratégicas de desarrollo y el establecimiento del modelo de organización del territorio nacional. En este sentido, el PNPOT representa el marco de referencia de otros programas y planes territoriales y es el instrumento rector de las estrategias sectoriales con impacto territorial.

El primer PNPOT fue aprobado por la Ley n. 58/2007, de 4 de septiembre, y estuvo vigente entre 2007 y 2013. Una nueva versión del PNPOT fue aprobada por la Ley n. 99/2019, de 5 de septiembre (con plazo de vigencia previsto hasta 2030), que se basó en un proceso de revisión del PNPOT anterior, con el fin de identificar los objetivos que fueron alcanzados.

En la fase de discusión y preparación de la revisión del PNPOT, casi 7.300 personas fueron encuestadas; y según su percepción, casi ninguno de los problemas identificados se resolvió, y muchos de estos problemas empeoraron. Entre los que han empeorado se encuentran la degradación del suelo con riesgos de desertificación, la despoblación del interior y la urbanización desordenada⁵. Considerando que la ordenación del territorio debe servir de soporte y contribuir a las grandes opciones estratégicas definidas para el desarrollo del país, desde la perspectiva de la cohesión y equidad territorial, la nueva versión del PNPOT identifica cuatro problemas fundamentales: el cambio climático, los problemas demográficos, las revoluciones tecnológicas y la

5 DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, Diagnóstico*, 2018. Disponible en: http://pnpot.dgterritorio.gov.pt/sites/default/files/PNPOT_Diagnostico_6Julho2018.pdf

economía, y establece cinco retos territoriales estratégicos en los distintos ámbitos de la planificación (de acuerdo con la tabla y la figura que seguidamente se ofrecen⁶): gestionar los recursos naturales de forma sostenible; promover un sistema urbano multicéntrico; promover la inclusión y valorizar la diversidad territorial; reforzar la conectividad interna y externa; y promover la gobernanza territorial.

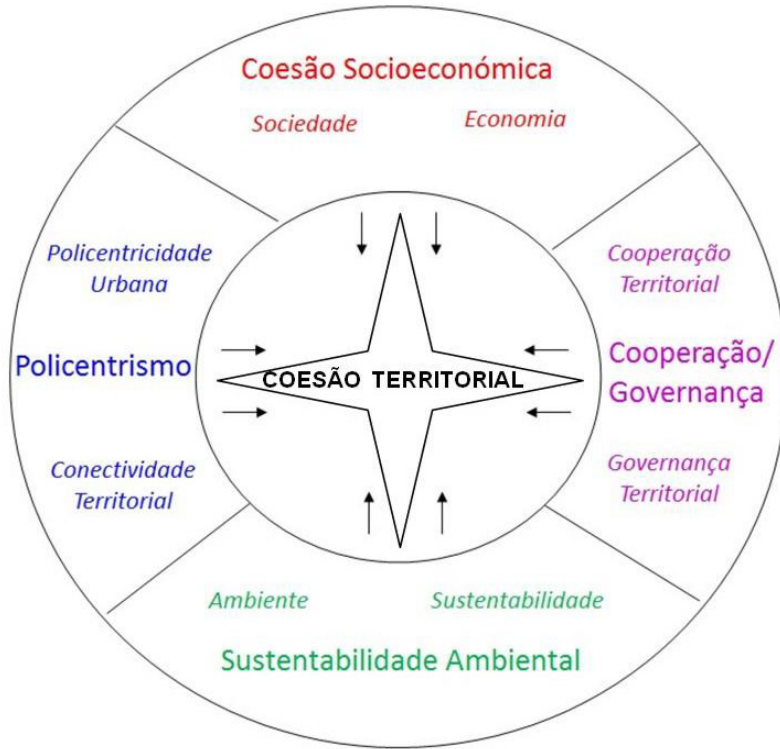
Tabla 1. Principales retos territoriales – PNPOT 2.0

Retos	Componentes
D1 – Gestionar los recursos naturales de forma sostenible	1.1. Valorizar el capital natural 1.2. Promover la eficiencia del metabolismo regional y urbano 1.3. Aumentar la resiliencia socioeconómica
D2 – Promover un sistema urbano multicéntrico	2.1. Afianzar las metrópolis y las principales ciudades como motores de internacionalización. 2.2. Reforzar la cooperación interurbana y rural-urbana como factor de cohesión 2.3. Promover la calidad urbana
D3 – Promover la inclusión y valorizar la diversidad territorial	3.1. Incrementar la atracción de la población, la inclusión social y fortalecer el acceso a los servicios de interés general 3.2. Impulsar el potencial local y regional y el desarrollo rural frente a la dinámica de la globalización 3.3. Promover el desarrollo transfronterizo
D4 – Reforzar la conectividad interna y externa	4.1. Optimizar las infraestructuras ambientales y la conectividad ecológica 4.2. Fortalecer e integrar las redes de accesibilidad y movilidad. 4.3. Dinamizar las redes digitales
D5 – Promover la gobernanza territorial	5.1. Fortalecer la cooperación intersectorial y multinivel 5.2. Promover redes colaborativas de base territorial 5.3. Fomentar la cultura territorial

Fuente: Dirección General del Territorio, *Programa Nacional de la Política de Ordenación del Territorio, Diagnóstico*, 2018 (adaptado).

6 MEDEIROS, E., "O PNPOT 1.0 vs 2.0. Uma visão crítica da estratégia e modelo territorial", *Public Policy, Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.

Figura 1. La estrella de la cohesión territorial



Regap



ESTUDIOS

Fuente: Medeiros, E., "Is there a rise of the territorial dimension in EU Cohesion policy". *Finisterra*, n. 103, 2016 (adaptado). (Coesão territorial = Cohesión territorial; Coesão socioeconómica = Cohesión socioeconómica; Sustentabilidade ambiental = Sustentabilidad ambiental; Cooperação/Governança = Cooperación/Gobernanza; Policentrismo = Policentrismo)

Para ello, el PNPOT asume 10 compromisos para el territorio, a saber: (1) fortalecer los sistemas territoriales según sus centralidades; (2) atraer nuevos residentes y gestionar el cambio demográfico; (3) adecuar el territorio y generar resiliencia; (4) descarbonizar, acelerando la transición energética y material; (5) remunerar los servicios prestados por el capital natural; (6) ampliar la base económica territorial con más conocimiento, innovación y capacitación; (7) fomentar procesos colaborativos para reforzar una cultura del territorio; (8) integrar en los Instrumentos de Gestión Territorial (*rectius*: planes territoriales) nuevos enfoques de la sostenibilidad; (9) garantizar la reducción de la exposición a riesgos en los instrumentos de ordenación territorial; y (10) reforzar la eficiencia territorial en los planes territoriales.

Entre los retos presentes en el PNPOT está la necesidad de afrontar la *pérdida demográfica*, impulsando *políticas activas de desarrollo rural*, estableciendo directrices para programas dirigidos a potenciar el interior y combatir su despoblación y envejecimiento.

5 Notas adicionales

Con respecto a los territorios con baja densidad de población, no se espera que Portugal experimente cambios importantes en los próximos 20/30 años. Y resulta necesario saber cómo lidiar con esta situación.

Porque la anterior circunstancia no significa que los territorios con baja densidad de población sean territorios abandonados, y se deben adoptar las mismas estrategias para asegurar que las poblaciones que allí habitan tengan acceso a servicios, equipamientos e infraestructuras que, debidamente dimensionados, garanticen su calidad de vida y, en definitiva, la justicia territorial (o la no discriminación de estas poblaciones por residir en estos territorios).

Estas inquietudes, como vimos en las páginas anteriores, han estado presentes en Portugal, habiendo incluso llevado al actual Gobierno a crear una nueva área de gobernanza (un nuevo Ministerio): la de Cohesión Territorial.

Prueba de esta creciente preocupación es también la aprobación, en los últimos años, de Programas en los que los problemas *demográficos* y del *interior* (territorios de baja densidad de población) han estado fuertemente presentes, como se señaló en las páginas precedentes de este texto. Lo cual es prueba de su importancia en la agenda política.

La conciencia de la existencia de estos problemas y el esfuerzo por solucionarlos es, de hecho, una realidad. Queda por ver si las medidas que se están adoptando son suficientes para darles una respuesta adecuada.

Creemos que, para ello, es igualmente necesario adoptar medidas encaminadas a superar uno de los mayores problemas existentes en Portugal, que puede tener repercusiones negativas en términos de cohesión territorial y en la adopción de políticas dirigidas a zonas de baja densidad de población: la *ausencia de una cultura de cooperación y cultura del territorio*.

El propio PNPOT, en su primera versión, admitió la “*ausencia de una cultura ciudadana que de valor a la ordenación del territorio*”, lo que se tradujo en uno de los objetivos específicos del Programa de Acción: “*Promover la participación ciudadana e institucional en los procesos de ordenación y desarrollo territorial*”.

Esta ausencia de cultura territorial, sin embargo, se mantuvo o incluso se agravó, ya que el propio Informe de Evaluación del Programa de Acción del PNPOT recomendó apostar por “*una estructura de gobernanza permanente que asegure una adecuada cooperación institucional y la mantenga actualizada, y la coordinación vertical y horizontal de las opciones estratégicas territoriales del PNPOT en las políticas públicas con impacto territorial*”⁷ para asegurar, a lo largo del proceso de implementación, los niveles necesarios de implicación y compromiso de los sectores de la administración pública y la articulación entre los diversos niveles administrativos, contribuyendo al fortalecimiento de una perspectiva dinámica de gestión territorial, basada en la

7 DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Avaliação do Programa de Ação 2007-2013 – Relatório*, p. 315.

construcción y consolidación de consensos y compromisos, y en el fortalecimiento de la confianza entre los agentes públicos⁸.

En respuesta, el PNPOT, en su versión de 2019, propone como medida específica, dentro del Reto de Gobernanza Territorial, la “*Medida 5.2. Activar el conocimiento y una nueva cultura territorial*”. En su Estrategia y Modelo Territorial, contenido en el “*Reto 5.3. Fomentar la cultura territorial*”, el PNPOT revisado en 2019 determina, precisamente, la necesidad de una “*nueva cultura del territorio*” y una “*nueva cultura de ordenación del territorio*”, que, en este último caso, “*supone un fortalecimiento de las relaciones, mayor capacitación de las instituciones, mayor apuesta por la gobernanza colaborativa y territorial y por las propias prácticas de planificación, seguimiento y evaluación*”.

En cuanto a la necesidad de “*activar la cultura territorial*”, el PNPOT 2019 propone como objetivos: la valorización del territorio, la capacitación y movilización de ciudadanos e instituciones; la mejora del proceso de participación ciudadana en el seguimiento de los instrumentos de gestión territorial y la implicación de las comunidades locales. Al respecto, en su Agenda para el Territorio, el PNPOT manifiesta que:

“En el futuro, la dimensión territorial de las políticas puede verse reforzada por incentivos a la cooperación, por intervenciones dirigidas a áreas funcionales, zonas o regiones transfronterizas, fortaleciendo la cooperación territorial. Se deben desarrollar nuevas soluciones de gobernanza que involucren a las autoridades públicas y privadas para afrontar los retos de la ordenación del territorio de manera compartida. Por lo tanto, es fundamental fortalecer las capacidades de los actores nacionales, locales y regionales para participar en las actividades de cooperación territorial”.

Además, dice que:

“La nueva cultura del territorio se centra en el rol de la educación (información, conocimientos, valores, comportamientos) sobre la importancia de las campañas de sensibilización y concienciación y el papel de la comunicación social”.

También cabe mencionar, además del fortalecimiento de la cultura del territorio, la importancia de fortalecer la *cooperación transfronteriza*, teniendo en cuenta el hecho de que Portugal forma parte de la Comunidad Europea e integra un mundo cada vez más globalizado. Por ello, las dimensiones internacional, transnacional e interregional se deben tener en cuenta al considerar el territorio, y especialmente al considerar la cooperación territorial.

En este sentido, cabe señalar que el objetivo de Cooperación Territorial Europea prevé tres tipos de cooperación: la cooperación transfronteriza, la cooperación transnacional y la cooperación interregional⁹. Además de estos, también existen, en el ámbito europeo, otras formas de cooperación, como, por ejemplo, eurociudades y hermanamientos de ciudades en diferentes países; macrorregiones.

8 Ídem, p. 302.

9 PIRES, I. y LANGE, E., “O PNPOT e os processos de cooperação territorial em Portugal”, *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.

El PNPOT, en lo relativo a la cooperación territorial europea, solo menciona la cooperación transfronteriza:

“se dará prioridad, visibilidad y notoriedad política a la cooperación transfronteriza para el desarrollo”, y ésta se extiende a nuevos ámbitos, “como las estrategias conjuntas de especialización inteligente, la articulación entre la investigación científica, la educación superior y las empresas, las nuevas tecnologías, la internacionalización, la preservación y valorización de los recursos comunes, la gestión y rehabilitación urbana, los servicios de proximidad, el transporte y la educación, entre otros”.

La cooperación transfronteriza en Portugal ha aumentado en número de iniciativas, proyectos, entidades, financiación y redes de colaboración. Sin embargo, a pesar del esfuerzo de casi 30 años de inversión en el desarrollo de la frontera a través de la cooperación transfronteriza, sus regiones siguen siendo las menos desarrolladas, tanto en el caso de Portugal como en el de España, en los que persisten una serie de retos, concretamente relacionados con la despoblación, que plantea preocupaciones importantes para de cara al futuro¹⁰.

Asimismo, cabe destacar la atención que se ha prestado recientemente a dos figuras de la cooperación transfronteriza que, por la forma en que han sido acogidas en el territorio portugués, representan un esfuerzo por dar un nuevo impulso a esta forma de cooperación territorial¹¹.

La primera es la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT), que se menciona en el PNPOT, en la Medida 5.7 del Programa de Acción, que busca profundizar la cooperación transfronteriza e impulsar las eurociudades. El PNPOT, revisado en 2019, efectivamente otorga mucho protagonismo a la Eurociudad, que se define en la referida Medida 5.7 como:

“Un conjunto de ciudades cercanas a la frontera, con poca distancia entre ellas, medianas y pequeñas, pertenecientes a diferentes países, y estructuradas según los marcos legales e institucionales para la cooperación transfronteriza en la UE. Son aglomeraciones con una gestión más integrada y con importantes relaciones de complementariedad, orientada hacia el desarrollo conjunto del territorio (económico, empresarial, actividades, logística, potencial humano, turístico, social y cultural, y urbano), que supone la gestión compartida de infraestructuras y equipamientos (salud, deporte, seguridad social y cultura)”.

10 Cfr. LANGE, E., *A cooperação transfronteiriça como oportunidade de desenvolvimento para as regiões de fronteira. Da Raia Ibérica à Euroregião Galiza-Norte de Portugal*, Tese de Doutoramento de Geografia Humana, Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Braga, 2015; e SOEIRO, J.S. y BELTRÁN, C., *Uma fronteira que nos une – uma fronteira de desenvolvimento. Balanço da cooperação transfronteiriça Espanha-Portugal 2000-2014*, Rede Ibérica de Entidades Transfronteiriças, Vigo, 2016.

11 LANGE, E., “Espesura Institucional Transfronteriza: da Raia Ibérica à Galiza Norte de Portugal”, *Geopolítica(s). Revista de estudos sobre espaço y poder*, vol. 8, n. 2, 2017, pp. 51-89, e LANGE, E. y PIRES, I., “The role and rise of European cross-border entities”, Medeiros, E. (ed.), *European Territorial Cooperation. Theoretical and Empirical Approaches to the Process and Impact of Cross-Border and Transnational Cooperation in Europe*, Springer, New York, 2018, pp. 135-149.

La primera eurociudad creada institucionalmente entre Portugal y España fue la “Eurociudad del Agua” Chaves-Verín, en 2007¹². Además, Portugal cuenta con otras tres eurociudades más: Valença-Tuí, Elvas-Campo Maior-Badajoz y Vila Real de Santo António-Castro Marim-Ayamonte. Estas cuatro eurociudades se mencionan en el PNPOT de 2019, como oportunidades para *revertir las “tendencias regresivas en términos demográficos, económicos, sociales y territoriales”*.

En comparación con su primera versión, el PNPOT de 2019 pone mayor énfasis en la dimensión territorial, tanto en lo referente al concepto de cohesión territorial como al de cooperación territorial. Inicia su Estrategia y Modelo Territorial comentando los bajos niveles de cohesión territorial en Europa, y establece 6 principios territoriales (que constituyen los 5 Retos Territoriales que orientan la Estrategia) basados en el concepto de Cohesión Territorial. De estos principios, buscando el vínculo entre cohesión y cooperación, se destacan los siguientes:

- *“La Gobernanza Territorial como motor de articulación institucional y refuerzo de la subsidiariedad, a través de la cooperación vertical entre diferentes niveles de gobierno, de la cooperación horizontal entre diferentes actores...”*;
- *“Solidaridad y Equidad Territorial como medio para promover la discriminación positiva de los territorios y reducir las disparidades geográficas...”*; y, por último:
- *“Impulsar los Enfoques Territoriales Integrados como instrumentos para potenciar los activos locales y regionales y de desarrollo de capacidades institucionales en los diferentes niveles territoriales, desarrollando estrategias, políticas e intervenciones de coordinación y cooperación para la cohesión”*.

En el Programa de Acción, “cooperación” es una de las palabras clave asociadas al 5º. Ámbito de intervención (*la Gobernanza Territorial*), siendo explicada específicamente como una de las 9 medidas: *“5.3. Potenciar y calificar la cooperación territorial”*¹³. El PNPOT 2019 muestra así una gran preocupación por promover una mayor cultura territorial, con especial énfasis en la *“necesidad de una reforma administrativa con el fin de descentralizar las funciones del Estado y fortalecer las competencias de las autoridades locales”*, asumiendo la necesidad de un modelo de gobernanza multinivel y de gestión participativa en la que se debe fortalecer la participación de los niveles de gobernanza regional y supramunicipal.

A nuestro juicio, este fortalecimiento de la cultura territorial y la cooperación son instrumentos imprescindibles para la promoción de la cohesión territorial y para el éxito de políticas dirigidas a territorios de baja densidad de población.

12 DOMÍNGUEZ CASTRO, L., *“Chaves-Verín: A Eurocidade da Água”: Axenda Estratégica/Agenda Estratégica, (Biblioteca de Estudos Estratégicos), Eixo Atlântico do Noroeste Peninsular, Vigo, 2008.*

13 Diferentes medidas incluidas en este ámbito de la Gobernanza Territorial destacan y posibilitan la profundización de la cooperación territorial, como, por ejemplo: *“profundizar la descentralización y desconcentración y promover la cooperación y gobernanza multinivel”* (Medida 5.4), *“reforzar los enfoques territoriales integrados”* (Medida 5.6) y *“profundizar la cooperación transfronteriza y dinamizar las Eurociudades”* (Medida 5.7). Como marco, el PNPOT de 2019 cita los diversos avances en el avance de la dimensión territorial en el marco europeo: “Libro Verde sobre Cohesión Territorial” (CCA, 2008), el Tratado de Lisboa (UE, 2009), la “Agenda Territorial de la Unión Europea 2020” (CE, 2011) y el Séptimo Informe de Cohesión Económica, Social y Territorial, y también nacionales.

6 Conclusión

El significado del término “territorios de baja densidad de población”, particularmente en los países del sur de Europa, se refiere a la persistencia de problemas estructurales en algunas regiones, relacionados no solo con la dimensión demográfica, sino también con la existencia de altas tasas de descalificación y un tejido empresarial con poca potencia y capacidad de innovación, en el marco de una incipiente diversidad y dinamismo institucional¹⁴.

En Portugal, la clasificación de “territorios de baja densidad de población” fue definida por el Gobierno portugués (Comisión de Coordinación Interministerial, 2015) para la aplicación de medidas de diferenciación positiva de ciertos territorios dentro del programa Portugal 2020 y éstos son territorios que actualmente presentan retos críticos respecto al tejido económico y la despoblación que se produjo, con especial intensidad, a partir de mediados del siglo pasado.

Es cierto que aún queda un largo camino por recorrer. Pero también lo es que este camino ya se ha emprendido, lo cual es una buena señal.

Bibliografía

- ALVES CORREIA, F., *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4^a ed, Almedina, Coimbra, 2008.
- BAPTISTA, A.M., *Políticas para o Desenvolvimento do Interior – um contributo para o Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social*, CCRC, Coimbra, 1999.
- COUTO, A., “Economia e cidades criativas em regiões de baixa densidade: reexame e implicações de política pública”, Baudin, G. y Vaz, D. (eds.), *Transação Territorial: Novas Relações Cidade-Campo*, Húmus, Vila Nova de Famalicão, 2014.
- COVAS, A., *A Ruralidades I: Temas e Problemas do Mundo Rural*, Universidade do Algarve, Faro, 2007.
- DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Avaliação do Programa de Ação 2007-2013 – Relatório*.
- DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO, *Programa Nacional da Política de Ordenação do Território, Diagnóstico*, 2018. Disponible en: http://pnpot.dgterritorio.gov.pt/sites/default/files/PNPOT_Diagnostico_6Julho2018.pdf.
- DOMINGOS VAZ, J.N., “Inovação Urbana em Territórios Periféricos: Um Balanço Crítico Da Região Da Beira Interior”, *Finisterra*, vol. LIV, n. 111, 2019. ISSN: 0430-5027.
- DOMÍNGUEZ CASTRO, L. (coord.), “Chaves-Verín: A Eurocidade da Auga”. *Axenda Estratégica/Agenda Estratégica*, (Biblioteca de Estudos Estratégicos), Eixo Atlântico do Noroeste Peninsular, Vigo, 2008.
- LANGE, E., *A cooperação transfronteiriça como oportunidade de desenvolvimento para as regiões de fronteira. Da Raia Ibérica à Euroregião Galiza-Norte de Portugal*, Tese de

14 COVAS, A., *A Ruralidades I: Temas e Problemas do Mundo Rural*, Faro, Universidade do Algarve, Faro, 2007.

- Doutoramento de Geografia Humana, Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Braga, 2015.
- LANGE, E., “Espessura Institucional Transfronteira: da Raia Ibérica à Galiza Norte de Portugal”, *Geopolítica(s). Revista de estudos sobre espaço y poder*, vol. 8, n. 2, 2017.
- LANGE, E. y PIRES, I., “The role and rise of European cross-border entities”, Medeiros, E. (ed.), *European Territorial Cooperation. Theoretical and Empirical Approaches to the Process and Impact of Cross-Border and Transnational Cooperation in Europe*, Springer, New York, 2018.
- MEDEIROS, E., “Is there a rise of the territorial dimension in EU Cohesion policy”, *Finisterra*, n. 103, 2016.
- MEDEIROS, E., “O PNPOT 1.0 vs 2.0. Uma visão crítica da estratégia e modelo territorial”, *Public Policy, Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.
- MONTEIRO, A.A., “Territórios do interior, coesão territorial e modelos de governança: A propósito do Programa Nacional para a Coesão Territorial”, *Sociologia On Line*, n. 19, junho 2019. Disponível em: <https://revista.aps.pt/pt/territorios-do-interior-coesao-territorial-e-modelos-de-governanca-a-proposito-do-programa-nacional-para-a-coesao-territorial/> (consultado el 24 de octubre de 2020).
- OLIVEIRA, F.P., “Ponto da situação em matéria de planeamento do território; avaliação geral do processo de planeamento e suas perspetivas”, *O Direito e a Cooperação Ibérica II*, II Ciclo de Conferências, Centro de Estudos Ibéricos, 2006.
- OLIVEIRA, F.P., *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 3ª ed., revista e ampliada, AEDREL, Braga, 2018.
- PIRES, I. y LANGE, E., “O PNPOT e os processos de cooperação territorial em Portugal”, *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 4, n. 2, 2019.
- SOEIRO, J.S. y BELTRÁN, C., *Uma fronteira que nos une – uma fronteira de desenvolvimento. Balanço da cooperação transfronteira Espanha-Portugal 2000-2014*, Rede Ibérica de Entidades Transfronteiriças, Vigo, 2016.

Regap



ESTUDIOS

Regap

Comentarios y crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 425-443
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4619>
© Almodena Valiño Ces
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 03/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A mediación no proceso
contencioso-administrativo.
Unha perspectiva comparada
entre o dereito portugués
e o dereito español

**La mediación en el proceso
contencioso-administrativo.
Una perspectiva comparada
entre el derecho portugués
y el derecho español**

Mediation in the
contentious-administrative
process. A comparative
perspective between
Portuguese and Spanish law

60 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ALMUDENA VALIÑO CES

Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela
<https://orcid.org/0000-0002-0794-7067>
almudena.valino@usc.es

Resumo: O dereito administrativo mantívose historicamente sen incorporar a mediación, pero o certo é que non pode negarse que, co paso do tempo, as relacións xurídico-administrativas son cada vez máis complexas e o modelo actual non logra dar resposta ás necesidades da cidadanía, tanto polos resultados pouco satisfactorios como polos tempos que se demoran.

Esta realidade favorece a sensación de desprotección dos cidadáns fronte á Administración e a necesidade de buscar novos mecanismos para a resolución de controversias. Todo iso non fai senón merecer a análise da posibilidade de acudir a unha mediación, tanto no dereito español como no portugués, co fin de solucionar os conflitos que ante os xulgados e tribunais administrativos se formulan.

Palabras clave: mediación, transacción, conciliación, resolución de conflitos, ADR, acordo, proceso contencioso-administrativo.

Resumen: El derecho administrativo ha pervivido históricamente sin incorporar la mediación, pero lo cierto es que no puede negarse que, con el paso del tiempo, las relaciones jurídico-administrativas son

cada vez más complejas y el modelo actual no logra dar respuesta a las necesidades de la ciudadanía, tanto por los resultados poco satisfactorios como por los tiempos que se demoran.

Esta realidad favorece la sensación de desprotección de los ciudadanos frente a la Administración y la necesidad de buscar nuevos mecanismos para la resolución de controversias. Todo ello no hace sino merecer el análisis de la posibilidad de acudir a una mediación, tanto en el derecho español como en el portugués, con el fin de solventar los conflictos que ante los juzgados y tribunales administrativos se plantean.

Palabras clave: mediación, transacción, conciliación, resolución de conflictos, ADR, acuerdo, proceso contencioso-administrativo.

Abstract: Administrative law has historically survived without incorporating mediation, but the truth is that it cannot be denied that over time legal-administrative relations are becoming more complex and the current model fails to respond to the needs of citizens, both because of the unsatisfactory results and for the times that are delayed.

This reality promotes the sense of unprotection of citizens in the face of the Administration and the need to seek new mechanisms for the resolution of disputes. All this only merits the analysis of the possibility of going to mediation, both in Spanish and Portuguese law, in order to resolve the conflicts that arise before the courts and administrative courts.

Key words: mediation, transaction, conciliation, conflict resolution, ADR, agreement, contentious-administrative process.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 La expansión de las *alternative dispute resolution*. 3 La mediación en el proceso contencioso-administrativo. 3.1 Con carácter preliminar. 3.2 Regulación de la mediación administrativa en el derecho español. 3.3 Concepto de mediación. 3.4 Requisitos. 3.5 Efectos del acuerdo transaccional. 3.6 Homologación del acuerdo y su ejecución. 3.7 La mediación administrativa en el derecho portugués. 4 Conclusiones.

1 Introducción

Al igual que sucede en el resto de los países occidentales, en España se ha constatado un aumento de la litigación, lo que ha originado, cuando menos, el colapso de la Administración de justicia. Tal incremento se vincula a diferentes cambios –políticos, sociales o culturales– que afectan al sistema legal, por cuanto extiende su radio de acción a contextos cada vez más diversos de la realidad social y que provocan que la mayoría de los problemas no tengan otra forma de canalización que el acceso a los juzgados y tribunales.

La situación en Portugal no es diferente, toda vez que también se produjo un crecimiento exponencial de la litigación civil a partir de la década de los 70¹. Tanto es así que este aumento progresivo que tuvo lugar hasta finales de la década de los 90 provocó una ruptura de los tribunales y la ineficiencia en su respuesta, originando varias reformas de la Administración judicial. Las reformas se basaron en diversos tipos de estrategias: “i) aumento cuantitativo de recursos (humanos, materiales y técnicos); ii) mejor gestión de los recursos, incluyendo alteraciones en la división del trabajo judicial; iii) apuesta por la innovación y la tecnología para la concepción y gestión del

1 Este aumento se verifica a partir de 1976, coincidiendo con el fin de la dictadura y la Revolución de abril de 1974, y alcanza un exponente máximo en 1996.

*sistema judicial; iv) elaboración de alternativas a la oferta formal y profesionalizada que ha dominado la Administración de la justicia*².

Ante esta realidad, cobran importancia las propuestas alternativas, conocidas como *alternative dispute resolution* (ADR). Estas se enmarcan en el desarrollo del paradigma del consenso, reparación y negociación de la justicia en la comunidad y constituyen instancias e instituciones descentralizadas e informales que desplazan la demanda de los tribunales para otras instancias, públicas o privadas³. Y ello porque las ADR abren caminos para opciones diferentes a los tradicionales instrumentos de resolución de conflictos. Caminos alternativos, por cuanto trazan nuevas posibilidades, al margen del poder judicial, frente al sistema de justicia habitual⁴.

Se hace hincapié, por tanto, en la necesidad de liberar a los jueces y tribunales de una intensa carga de trabajo que retrasa y empobrece su capacidad de respuesta jurídica a las cuestiones que se suscitan y se sujetan a su valoración. Además, se busca descargarlos del conocimiento de asuntos que, por razones cualitativas, pueden ser desarrollados por otros operadores jurídicos, lo que les permite centrarse con atención y tranquilidad en los conflictos de mayor relevancia que, lógicamente, les van a seguir perteneciendo. De ahí que se abogue por que la relación entre jurisdicción y estos sistemas alternativos de resolución de conflictos no deba ser tanto de dependencia como de autonomía funcional, pues, en caso de no prosperar un mecanismo autocompositivo, siempre queda expedita la utilización de los mecanismos heterocompositivos: el arbitraje⁵ o la propia jurisdicción.

2 La expansión de las *alternative dispute resolution*

En el ámbito europeo, las instituciones comunitarias mantienen desde hace tiempo un gran interés por impulsar y promover los métodos y procedimientos no judiciales ni jurisdiccionales, esto es, las ADR. Y ello porque, a su través, se pretende asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea dirigida a determinar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Se trata, por tanto, de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos mediante la intervención de las partes y de un tercero imparcial o, si se prefiere, de una alternativa extrajudicial, fundamentalmente de naturaleza autocompositiva. A este respecto, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para el que son ADR, esencialmente: la

- 2 SILVA, A.M., "Mediación en Portugal: una trayectoria en construcción", *La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, n. 41, mayo de 2014, pp. 4 y 5.
- 3 PEDROSO, J., TRINCÃO, C. y DIAS, J.P., "Percurso da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)", *Observatório Permanente da Justiça portuguesa. Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, 2001, p. 27.
- 4 A este respecto, señala BARBOSA: "Desde logo, impõe-se, refletir sobre o significado do termo alternativo, que vem a ser uma opção entre duas ou mais escolhas. Afastando, assim um modismo atual de se qualificar de alternativo o conhecimento advindo de práticas que não correspondem ao reigor do método científico [...]". (ARRUDA BARBOSA, A., *Mediação Familiar: Instrumento Transdisciplinar em Prol da Transformação dos Conflitos Decorrentes das Relações Jurídicas Controversas*, Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2003).
- 5 En España, el arbitraje se encuentra regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, y en Portugal se aprobó la Lei n. 63/2011, de 14 de diciembre, da arbitragem voluntária, inspirada en la Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, que entró en vigor el 15 de marzo de 2012.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, y las define como “*aquellos procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del sistema judicial de forma pacífica y jurídicamente admisible, dando una prevalencia a la autonomía de las propias partes*”. Asimismo, señala que las “*ADR son los sistemas autocompositivos o heterocompositivos de resolución de conflictos, ajenos a la jurisdicción*”⁶. En la misma línea, pero respecto a la mediación, BRAGA NETO señala que esta “*é um dos vários métodos chamados de alternativos para a resolução de conflito e são considerados alternativos por se constituírem em opções ao sistema tradicional de justiça*”⁷.

Se produce, pues, en la mayor parte de los países, una expansión de estas alternativas y, en concreto, de la mediación. Esta aparece como una institución que, en la actualidad, se erige como una pieza esencial del modelo de justicia del siglo XXI, toda vez que constituye un procedimiento voluntario que permite a las partes gestionar el conflicto surgido, solventando sus diferencias, ya sea total o parcialmente⁸.

En este escenario, cobra especial importancia el Libro Verde de 19 de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Este dio lugar a una amplia consulta con los Estados miembros acerca de la adopción de posibles medidas para la promoción de la mediación y, además, en él se hizo balance de la situación de este tema en la Unión Europea. Asimismo, es relevante la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por cuanto representa un nuevo marco normativo en materia de mediación.

Esta Directiva 2008 sirvió tanto para promocionar la mediación en los Estados miembros de la Unión Europea como para establecer un punto de partida para que las legislaciones de los referidos Estados impulsaran su desarrollo legislativo. Así lo hizo nuestro legislador, aunque no de forma inmediata, a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹. Ello no obstante, el marco legal de la mediación civil y mercantil en nuestro país no se agota con esta ley. En el año 2013 se publicó el Real decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁰.

En el caso de Portugal, ya la Constitución de la República Portuguesa de 2 de abril de 1976 consagró la mediación en su artículo 202 n. 4: “*A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos*”. A partir de 2008, la mediación alcanza un mayor reconocimiento al ser incluida en el Código civil portugués a través de la Lei n. 61/2008, de 31 de octubre, que alteró el régimen jurídico

6 Vid. el fundamento jurídico segundo de la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, n. 72/2013, de 9 de diciembre.

7 CASTALDE SAMPAIO, L.R. y BRAGA NETO, A., *O que é mediação de Conflitos*, Brasiliense, São Paulo, 2007, p. 19.

8 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 65 a 68.

9 En adelante, LM.

10 Este real decreto contempló cuatro aspectos fundamentales de la LM: la formación del mediador; su publicidad a través de un registro dependiente del Ministerio de Justicia; el aseguramiento de su responsabilidad profesional; y la promoción del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

del divorcio, al disponiendo: “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar”. Con todo, la consagración de este método en el ordenamiento jurídico portugués tiene lugar efectivamente con la creación de los juzgados de paz, en la publicación de la Lei n. 78/2001 –modificada por la Lei n. 54/2013, de 31 de julio–, la cual regula la figura de la mediación como fase procesal de los conflictos de su competencia. De esta manera, los juzgados de paz buscan la desburocratización, en alternativa a los tribunales comunes, cuyo objetivo consiste en permitir la participación de los interesados y estimular la justa composición de los litigios por acuerdo de las partes.

Por lo que respecta a la transposición de la Directiva de 2008, en el derecho portugués esta se produjo a través de la Lei n. 29/2009, de 29 de junio, que entonces había aprobado el *Regime Jurídico do Inventário* y que más tarde fue derogada por la Lei n. 23/2013, de 5 de marzo. No obstante, es con la aprobación de la Lei n. 29/2013, de 19 de abril –conocida como *Lei da Mediação*–, cuando se regula por primera vez el régimen jurídico de la figura de la mediación en un sentido amplio, la cual la define como “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, a través da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

En definitiva, tanto en el derecho español como en el derecho portugués se regula esta institución. Mientras la Lei n. 29/2013 contempla los principios generales aplicables a la mediación realizada en Portugal, así como el régimen jurídico de la mediación civil y mercantil, de los mediadores y de la mediación pública, la LM española, junto con las disposiciones generales, prevé los principios informadores de la mediación, el estatuto del mediador, el procedimiento y la ejecución de los acuerdos alcanzados.

3 La mediación en el proceso contencioso-administrativo

3.1 Con carácter preliminar

En el derecho español, cuando nos encontramos en la fase final del proceso declarativo, cabe diferenciar entre lo que se denomina terminación normal y anormal. Y ello porque, aun cuando la manera normal de finalizarlo en todas sus fases es a través de la sentencia, lo cierto es que en determinados supuestos el proceso puede concluir anticipadamente, bien por sentencia o bien por otro modo¹¹. Esta terminación

11 A este respecto, resulta clarificadora la SAP de Madrid, Sección 25ª, n. 208/2007, de 17 de abril, que señala: “La resolución del recurso al que la presente alzada se contrae exige recordar, con carácter previo, que junto al modo normal de terminación del proceso –mediante sentencia contradictoria que se pronuncia sobre la pretensión objeto del proceso– la doctrina científica –y ahora la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000– distingue distintos modos de terminación anormal del mismo” (F.J.1º).

anticipada también se conoce como “crisis procesal”¹² y se refiere al modo anormal¹³ de finalización del proceso, por el que se interrumpe su curso, temporal o definitivamente. En realidad, se le va a poner fin, generalmente a través de un acto de parte, antes de haberse desarrollado todas las fases y todos los actos procesales que resultan inútiles o imposibles jurídicamente. En consecuencia, el proceso realmente termina de modo anticipado, aunque no finaliza en sentido propio.

Como es bien sabido, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil¹⁴, regula específicamente las distintas formas de terminación anticipada del proceso en el capítulo IV del título primero del libro primero: “*Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones*”. En concreto, y respecto al tema que nos ocupa, es el artículo 19 el que se refiere al derecho de los litigantes a disponer del objeto del juicio con el fin de renunciar, desistir, allanarse, transigir o someterse al arbitraje.

Ahora bien, y más allá de lo contemplado en el orden jurisdiccional civil, en cuanto al contencioso-administrativo es necesario acudir a la sección 9ª del capítulo I del título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁵, concretamente a los artículos 74 a 77, los cuales regulan el desistimiento, el allanamiento, la satisfacción extraprocésal y la transacción, respectivamente. Si bien el procedimiento contencioso-administrativo surgió por la necesidad de resolver, mediante sentencia, las controversias que se planteaban entre las administraciones públicas y los particulares, lo cierto es que la LJCA posibilita que el litigio finalice por aquellas figuras que dan gran protagonismo a las partes, toda vez que son ellas quienes manifiestan su voluntad de concluirlo¹⁶.

Debemos tener presente que en esta materia es frecuente la aplicación supletoria de las normas de la LEC, tal y como establece la disposición final primera de la LJCA. Esta previsión se hace extensible al principio dispositivo de las partes –característico del proceso civil–, por cuanto se configura también como un principio clave en el proceso contencioso-administrativo. De esta manera, en virtud de este principio, las partes pueden disponer del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciar a él a su voluntad; esto es, pueden servirse de otras formas de concluir la disputa, como es la transacción o, en su caso, la conciliación o la mediación¹⁷.

12 Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 323 a 335; y CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 53.

13 Esta “anormalidad”, que se atribuye a los modos de terminación del proceso diferentes a la sentencia, no debe interpretarse, en ningún caso, como una falta de correspondencia con la ley, sino solo como un signo distintivo respecto de la fórmula tradicional y “normal” de conclusión del proceso (DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 426).

14 En adelante, LEC.

15 En adelante, LJCA.

16 CASADO ROMÁN, J., “Las formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 7077, Sección Doctrina, 16 de diciembre de 2008.

17 En efecto, tal y como señala SALA SÁNCHEZ, a pesar de la escasa regulación de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo, su operatividad se ve implementada con el artículo 19 LEC, el cual, tras las modificaciones introducidas por la disposición final tercera de la LM, permite expresamente a los litigantes transigir y someter a mediación la materia objeto del proceso (SALA SÁNCHEZ, P., “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9632, Sección Doctrina, 14 de mayo de 2020).

La conciliación y la mediación comparten rasgos, se trata de métodos autocompositivos, no adversariales, alternativos y/o complementarios a la jurisdicción y privados, por cuanto son las partes quienes, de forma voluntaria, buscan alcanzar un acuerdo para superar el conflicto surgido. El principal criterio distintivo entre estas dos figuras reside en el grado de intensidad en la intervención del tercero ante quien se acude para resolver la controversia. Aun cuando son las propias partes las que pondrán fin a su disputa a través de un acuerdo, existe una pequeña línea que las separa: en la conciliación el tercero trata de propiciar el acuerdo, gestionando su búsqueda entre las partes, el cual podrá ejecutar de modo coactivo, mientras que en la mediación el mediador carece de autoridad y únicamente actúa facilitando la comunicación entre las partes con el propósito de que estas lleguen a una solución, no interviniendo en la fase de ejecución de la misma¹⁸. De hecho, se defiende que cuando se habla de mediación directiva, en la que el tercero asume un papel más participativo, ya no estamos ante una verdadera mediación, sino que más bien se trata de una conciliación¹⁹. En consecuencia, el término de conciliación debe quedar reservado para los casos en que el tercero tiene algún poder sobre las partes, limitando así, en la práctica, su total libertad a la hora de lograr un acuerdo correspondiente a sus intereses.

En cualquier caso, respecto a los términos mediación/conciliación, cabe destacar que no existe una terminología unívoca. El contenido conceptual que se les da no es unánimemente aceptado por todos los autores ni es uniforme en todas partes. Algunos autores, e incluso algunas legislaciones, entienden por mediación lo que otros describen como conciliación, y a la inversa. Para ser conscientes de hasta dónde llega la diversidad terminológica, algún autor afirma que la mediación constituye un procedimiento intermedio entre la conciliación y el arbitraje. Y ello porque la mediación supone la intervención de una tercera persona, lo que no siempre se cumple en la conciliación, pero, a diferencia del árbitro, el mediador no tiene poder para resolver el conflicto²⁰.

Así las cosas, la distinción entre mediación y conciliación no solo ha suscitado debate entre la doctrina española, sino también entre la portuguesa. PAIXÃO CAMPOS, tras un análisis exhaustivo de las distintas posiciones, afirma que no es adecuado distinguir la mediación de la llamada conciliación extrajudicial. Se trata, según la autora, de la misma actividad, por lo que no se justifica la existencia de dos conceptos diferentes²¹. Por su parte, FRANÇA GOUVEIA defiende que el término de conciliación hace referencia únicamente a la conciliación judicial realizada por el juez o el árbitro en procedimientos judiciales o arbitrales²². Para CARDONA FERREIRA, la mediación

18 VALIÑO CES, A. y ALONSO SALGADO, C., "Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial pre-procesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria", Areces Piñol, M.T. (coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 369.

19 VEZZULLA, J.C., *Mediação*, Agora Publicações, Barcelos, 2001, p. 84.

20 GARCÍA GARCÍA, L., "La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares", *Estudios jurídicos*, 2004, p. 6977.

21 PAIXÃO CAMPOS, J., *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009, pp. 7 a 13.

22 FRANÇA GOUVEIA, M., "Mediação e Processo Civil", *Cadernos de Direito Privado*, n. especial 1, 2010, p. 26.

y la conciliación no pueden dejar de ser, en la práctica, combinadas, añadiendo que la conciliación es el objetivo y la mediación, la acción intermedia de un tercero²³.

3.2 Regulación de la mediación administrativa en el derecho español

La LJCA no contempla de forma expresa la posibilidad de acudir a vías alternativas de resolución de conflictos, pero tampoco contiene ninguna prohibición al respecto. Para el caso que nos ocupa, es necesario acudir al artículo 77 LJCA²⁴, donde se prevé la posibilidad de alcanzar un acuerdo que finalice la controversia, en el seno de un proceso, cuando se trate de materias susceptibles de transacción²⁵. Se regula una figura que permite la terminación convencional del proceso contencioso-administrativo. En efecto, al contemplar el legislador la opción de que el juez o tribunal pueda someter a las partes la posibilidad de lograr un acuerdo transaccional, no está sino permitiendo la oportunidad de llevar a cabo una mediación. Por tanto, este precepto alude a un modo distinto de concluir el proceso sin necesidad de sentencia, y que es el resultado del pactismo que lleven a cabo las partes. Las ventajas que presenta esta figura, concretamente, la resolución acordada de un conflicto, son claras, no solo en cuanto al coste temporal y económico, sino también como descarga de trabajo para los tribunales²⁶.

Así las cosas, para que pueda hablarse de transacción es necesario que exista un conflicto entre partes. Incluso cuando es parte la Administración, se alude a la existencia de una situación jurídica indeterminada o incierta o tenida por tal. De hecho, la incertidumbre y complejidad de la situación y la posibilidad de eliminarla, unidas a las recíprocas concesiones de las partes, son elementos esenciales. De esta manera, para

23 CARDONA FERREIRA, J.O., "Sistemas de Justiça e Mediação", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, año VI, n. 11, 2005, p. 196.

24 El artículo 77 LJCA prevé: "1. En los procedimientos en primera o única instancia, el juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos. 2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia. 3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros".

25 A este respecto, el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) determina que, siempre que se den los presupuestos formales, cabrá someter a mediación los asuntos que versen sobre las siguientes materias: "a) Fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates; b) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones; c) Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación; d) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; e) Inactividad de la Administración, la vía de hecho y el silencio administrativo; f) Ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración; g) Ejecución de sentencias; h) Otras que se establezcan en normas legales o sean acordadas por el juez competente; i) Función pública, mobbing o acoso laboral" ("Guía para la práctica de la mediación intrajudicial", elaborada por el CGPJ, p. 188). A este respecto, GAMERO CASADO señala que este listado no debiera ser excluyente, "sino en todo caso indicativo de las materias que mejor se prestan a la mediación, pero sin impedir o prohibir que puedan mediar otros asuntos que reúnan los presupuestos formales y versen sobre materias distintas de las indicadas" (GAMERO CASADO, E., "Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo", *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 198, Crónica, 2019).

26 LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Oñati - Instituto Vasco de la Administración Pública, Bilbao, 2000, pp. 211 y 212.

lograr la rápida resolución de ese conflicto, la ley arbitra varias facultades en manos de las partes o del órgano judicial, como puede ser la de llevar a cabo un intento de conciliación o, en este caso, de mediación.

Nos encontramos ante un supuesto que fue introducido como novedad con la promulgación de la LJCA, como un sistema alternativo para la resolución del conflicto planteado entre las partes. En especial, lo novedoso consistía en otorgar al acuerdo logrado la misma fuerza que a la sentencia a efectos de ejecución forzosa, lo que refuerza el interés de la ley por esta forma de terminación del proceso, tal y como dispone su exposición de motivos.

3.3 Concepto de mediación

La mediación, o más propiamente la transacción judicial, es el acuerdo entre las partes, en virtud del principio dispositivo, mediante el cual se pone fin al litigio, acuerdo que ha de ser homologado por el juez mediante auto que tendrá efectos de cosa juzgada. De esto se infiere que nos encontramos ante un acto de carácter bilateral. Así lo conciben GONZÁLEZ RIVAS y ARANGUREN PÉREZ al señalar: *“toda transacción o compromiso conciliatorio exige una relativa renuncia y disponibilidad de la posición jurídica propia. Al menos, inicialmente, el acercamiento de las posturas de las partes implica aceptar la posición del «otro» mediante la modificación de la actitud propia”*²⁷.

Se trata, en efecto, de una transacción, cuyo carácter judicial –que implica la homologación del órgano judicial ante el que se tramita el proceso– no desvirtúa su naturaleza contractual, tal y como se define en el artículo 1809 del Código civil²⁸, del que se extrae que recaiga sobre una relación jurídica incierta²⁹. Este precepto señala que *“La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”*³⁰. De esta definición se coligen las dos clases que existen de transacción, en función de que se dirijan a evitar un pleito o a poner fin al que había comenzado. En el primer caso, se trata de la extrajudicial porque el pacto se produce fuera del proceso y con repercusión indirecta sobre este; en el segundo caso, el contrato en el que se formaliza la transacción judicial se somete al juez o tribunal y por la homologación de este adquiere fuerza y finaliza el proceso.

El hecho de haber trasladado esta posibilidad al orden contencioso no es otro que un intento muy bienintencionado de proceder a desatascar el colapso que padece esta

27 GONZÁLEZ RIVAS, J.J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, Thomson, Madrid, 2008, p. 599.

28 En adelante, CC.

29 ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J.M. y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 225.

30 Este carácter contractual ha sido reconocido por nuestros tribunales en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales: el ATC 206/2005, de 10 de mayo; la STS de 11 de octubre de 2004; la STSJ de Galicia n. 1998/2008; las sentencias de la AN de 20 de noviembre de 2008, 16 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2009, en las que se indica la función de mediación administrativa como medio de resolución de conflictos entre la Administración y los ciudadanos.

jurisdicción³¹. Ello no obstante, cabe destacar su falta de operatividad, debido en su mayor parte a la propia base personal del orden contencioso, donde una de las partes será siempre una Administración y no otro particular. Una Administración investida de una serie de privilegios que le permiten ser operador jurídico y decidir una concreta aplicación de la legalidad. A este respecto, ARISTÓTELES MAGÁN PERALES afirma que, en la práctica, “cuando un asunto se judicializa, existen muy pocas posibilidades de que la Administración dé su brazo a torcer. Sobre todo cuando no lo hizo utilizando la figura similar que contiene el procedimiento administrativo (la terminación convencional). Estamos sin ninguna duda ante la figura menos utilizada en la práctica, dado el nulo interés de las administraciones públicas afectadas y la escasa tradición de esta figura en el orden contencioso-administrativo”³².

A ello deben sumarse los impedimentos legales que tiene la Administración para transigir, ya que el letrado que represente a la Administración no es dueño de la posición de esta, como sucedería con un particular, sino que requiere también de la autorización de dicha Administración para acceder a una eventual mediación. Por consiguiente, las administraciones públicas tendrán que obtener de sus órganos competentes la correspondiente autorización para transigir. Concretamente, cuando se trata de la Administración del Estado o uno de sus organismos autónomos, se precisará autorización por decreto acordado en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno, autorización que, cuando se trate de las administraciones de las comunidades autónomas o de las administraciones locales, corresponderá al órgano de Gobierno de la respectiva comunidad. Por tales motivos, la figura de la mediación no suele ser un instrumento que permita liberar de carga de trabajo a los órganos de lo contencioso.

Sea como fuere, y a pesar de que el derecho administrativo se presenta históricamente como un ámbito lleno de obstáculos frente a las ADR, lo cierto es que los cambios sociales y la modificación de las estructuras administrativas llevan a buscar nuevos cauces para la resolución de los conflictos con la Administración. Por este motivo, la mediación se ha visto fuertemente impulsada por la Unión Europea –tal y como se ha evidenciado– y, en el ámbito interno, el Consejo General del Poder Judicial ha propiciado la incorporación de la mediación administrativa mediante proyectos

31 En esta línea, algunos autores entienden que, aunque la mediación no está exenta de interrogantes sobre su futuro, se puede afirmar que este método vinculado al proceso contencioso-administrativo “está en una buena línea de salida de lo que podría ser una novedosa herramienta en la gestión de determinados conflictos en nuestro país. Y en este sentido, el futuro de la misma, frente al monopolio actual de la Administración de justicia, es algo que va a depender en gran medida de la confianza que se logre transmitir a los ciudadanos y a la propia Administración pública” (DUPLÀ MARÍN, M.T., CUMELLA DE MONTSERRAT, C. y MANÉN YZAGUIRRE, M., “¿Responde la mediación a una gestión más eficiente de los conflictos en el ámbito administrativo?”, *Diario La Ley*, n. 9385, Sección Práctica Forense, 27 de marzo de 2019).

32 ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, J.M., “La sentencia y otras formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, Oliván del Cacho, J. y Ezquerro Huerva, A. (dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. En sentido contrario, GIMENO SENDRA entendió que no existía impedimento para su aplicación, siempre y cuando se observasen todos los requisitos y, especialmente, el de que se trate de una materia litigiosa disponible, cuyos efectos transcurran exclusivamente entre las partes, sin que puedan estar comprometidos el interés público o el de terceros (GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993).

piloto que impulsan el consenso³³. Estos proyectos han beneficiado el panorama en esta materia, poniendo de manifiesto que no solo es factible, sino en muchos casos conveniente, impulsar el acuerdo a través de la mediación, sabiendo, en todo caso, que no es excluyente de la vía judicial. Ergo, la mediación se presenta como un complemento perfecto de la vía administrativa, cubriendo aquellos espacios que estas no pueden o no alcanzan. Partiendo de esta configuración, se entiende que la mediación permite paliar una situación de total colapso en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.4 Requisitos

Para que exista esta figura de la mediación, es necesario que se cumplan, en primer lugar, los requisitos objetivos. La LJCA nos indica que, una vez formuladas la demanda y la contestación, de oficio o a instancia de parte, el órgano jurisdiccional puede someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de lograr un acuerdo –de mediar– que ponga fin a la controversia, siempre y cuando el juicio se promueva sobre materias que, por su naturaleza, sean susceptibles de transacción³⁴ y, en particular, cuando se trate de reclamaciones de cantidad³⁵.

Nos movemos, por tanto, en una indefinición en lo que se refiere a las materias concretas que pueden ser objeto de transacción o de mediación, dejando abiertos algunos límites a la eventualidad de pactar sobre ciertos asuntos, en los que puede resultar más adecuada la fórmula de la transacción, como pueden ser los asuntos públicos o los actos administrativos reglados. En consecuencia, *a priori* se considera aventurado elaborar un listado exhaustivo de materias o cuestiones en las que resulte más apropiada la fórmula de la transacción.

En segundo lugar, también son precisos unos requisitos subjetivos. A este respecto, el artículo 77.1 reconoce una amplia posibilidad al órgano judicial de someter a consideración de las partes, de oficio o a solicitud de una de ellas, la opción de que

33 Conviene, en todo caso, destacar la existencia de proyectos piloto promovidos por el CGPJ: el de Las Palmas de Gran Canaria se implantó en 2013 en los juzgados de lo contencioso-administrativo 2 y 3, en virtud de un convenio suscrito por la Fundación Valsain, el Ayuntamiento de Las Palmas, el Colegio de Abogados, el Gobierno de Canarias y el CGPJ. Posteriormente, este fue reproducido en otras comunidades autónomas como La Rioja, y más recientemente en Madrid y en Valencia, siendo el primero gestionado desde el Ayuntamiento y el segundo, desde la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Valencia. Igualmente, está la experiencia en Murcia. En el marco de la Orden JUS/1721/2014, de 18 de septiembre, por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia y se articula la creación de la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia.

34 El ATS de 3 de abril de 2001 se pronuncia acerca de las materias susceptibles de transacción: “[...] *denegó la tramitación del incidente del artículo 77 de la Ley Jurisdiccional, al versar dicho precepto sobre las facultades de la Sala para propiciar una conciliación o transacción entre las partes, que se excluye cuando la cuestión debatida verse sobre materias no susceptibles de transacción, como en este caso ocurre; resultando, a mayor abundamiento, que los supuestos hechos cuyo reconocimiento se solicita resultan irrelevantes para el enjuiciamiento de la actuación de la Junta Electoral Central, impugnada en este proceso; y no se solicita tanto el reconocimiento de un hecho como la aceptación por el Ayuntamiento codemandado de un alegato jurídico, desde el momento que el demandante, más que pedir el reconocimiento de que no se ha interpuesto un recurso contra un Auto dictado en la Jurisdicción Penal (lo que, se insiste en ello, es intrascendente a efectos de este proceso), busca el reconocimiento de las consecuencias jurídicas que anuda a tal aquietamiento; debiéndose imponer las costas de esta súplica al demandante, por apreciarse temeridad procesal en su planteamiento*” (vid. F.J.2º.).

35 Tal y como se prevé en el F.J.4º. de la STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, n. 698/2018, de 12 de abril.

estas logren un acuerdo sobre el objeto del proceso. En efecto, se trata de una facultad, no siendo obligatorio que se alcance este acuerdo, el cual solamente podrá ser realizado por voluntad de las partes, exigiéndose en el artículo 1713 CC poder especial para pleitos para que sea válida la transacción conseguida por ellas. Por tanto, el intento de transacción o mediación puede ser realizado por el juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte. En realidad, lo más normal es que la transacción tenga lugar a instancia de las partes litigantes, que darán cuenta al órgano judicial del acuerdo logrado entre ellas³⁶.

Por último, existen los requisitos temporales, es decir, los referidos al momento procesal en el que cabe la transacción. En puridad, esta debe producirse desde que se interpone la demanda y la contestación y con anterioridad al momento en que se declara el proceso concluso para dictar sentencia. Ahora bien, SANTAMARÍA PASTOR considera que la ley no es clara cuando alude a este elemento temporal. Si se debe hacer “*una vez formulada la demanda y la contestación*” y además podrá producirse “*en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia*”, se está dejando un margen temporal muy estrecho para la incoación del trámite –el período de prueba y de vista o conclusiones–, que puede incluso no existir en absoluto en el supuesto previsto en el artículo 57³⁷, en el que el pleito es declarado concluso en el mismo momento de recibirse la contestación a la demanda³⁸. En consecuencia, esta restricción temporal no sería del todo acertada, por cuanto no coadyuva a incentivar el empleo de este método de finalización del proceso.

Aun así, el precepto sí es claro cuando dispone que la transacción debe tener lugar “*en los procedimientos en primera o única instancia*”, de lo que se infiere que no resulta posible la técnica de la transacción o mediación en vía de recurso. Ello se debe a que en la vía de recurso se depura la corrección jurídica de una anterior resolución jurídica –auto o sentencia– que ha eliminado, con la decisión, la incertidumbre jurídica que constituye el requisito o la base fáctica para que pueda hablarse de transacción³⁹. Sin embargo, GONZÁLEZ PÉREZ sostiene que no existe motivo impeditivo para aplicar la transacción en la fase de ejecución, mediante convenio entre las partes que ponga fin a las cuestiones debatidas, siempre y cuando concurra el requisito de la incertidumbre o dificultad en la solución⁴⁰.

36 Sin embargo, lo adecuado sería que, no excluyendo *a priori* ningún asunto de la mediación, fuese el propio tribunal el que determinase criterios flexibles y orientativos que aconsejen acudir a esta institución. Con ello se lograría una doble ventaja: por un lado, para el administrado, por cuanto alcanza soluciones pactadas ágiles y menos costosas que, a su vez, estarían referendadas por la propia autoridad judicial y cuyo tiempo de realización sería menor, y, por el otro, para la Administración de justicia, por cuanto permite descongestionar el número de asuntos y ayuda a obtener una justicia ágil y eficaz (GARCÍA TEJADA, D.J., “Una breve aproximación a la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, Sección Ejercer en forma y plazo, marzo de 2019).

37 Este precepto hace referencia a cuando el actor haya pedido en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones y la parte demandada no se oponga.

38 SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 773 y 774.

39 GARCÍA MANZANO, P., “Terminación del procedimiento”, Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 363.

40 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 145, enero-abril de 1998, p. 23.

3.5 Efectos del acuerdo transaccional

Como regla general, y de conformidad con el apartado 2 del artículo 77 LJCA, el intento de conciliación –o de mediación– no suspenderá el curso del proceso, salvo que todas las partes personadas lo soliciten⁴¹. En el caso de que las partes hubiesen solicitado tal suspensión y a ninguna de ellas le interesase la reanudación del proceso, deberá atenderse a lo previsto en el artículo 237 LEC sobre caducidad de la instancia. Respecto al plazo de suspensión, se estará de forma supletoria al artículo 19.4 LEC, en el que se prevén sesenta días. Ello no obstante, este plazo puede considerarse insuficiente para lograr cambiar la voluntad de las partes y recabar las autorizaciones de órganos superiores e informes o dictámenes consultivos que la transacción suele requerir.

Si tras las conversaciones llevadas a cabo por las partes se lograra el acuerdo, entonces se extinguirá la controversia y el tribunal deberá dictar auto por el que declare terminado el litigio⁴². Para que este efecto extintivo tenga lugar, la transacción requiere que en el convenio hayan intervenido todos los que han comparecido como demandados, aun cuando es discutible si han de ser también incluidos los que, a pesar de ostentar dicha posición procesal, intervienen no como titulares de derechos derivados del acto recurrido, sino como legitimados pasivamente en virtud de simple interés legítimo⁴³. Por el contrario, si no se alcanzase la transacción, el proceso continuaría con normalidad hasta dictarse sentencia.

Por otro lado, aun cuando el legislador no ha delimitado cual deba ser el contenido de la resolución judicial que declara finalizado el litigio, resulta lógico considerar que, para facilitar, incluso, la ejecución de lo acordado, el auto deberá incluir la expresión literal de lo convenido, pues de esta forma se cumple también el deber del órgano jurisdiccional de velar por la regularidad de su contenido. En realidad, esta precaución necesaria podría posibilitar la ejecución judicial de lo acordado en el hipotético caso de que alguna de las partes mostrase una futura resistencia a cumplir⁴⁴.

3.6 Homologación del acuerdo y su ejecución

La mediación pretende que el ciudadano, como partícipe y gestor de la solución autocompositiva de su conflicto, sienta que además de ser esta suya y propia, es lícita, ecuaníme, adecuada y, por consiguiente, una solución justa. Si esto se produce, no cabe duda alguna de que, a juicio de MARTÍN DIZ, *“la eficacia del acuerdo será máxima,*

41 Tal y como se prevé en la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, n. 282/2017, de 23 de junio: *“En el procedimiento de instancia se solicitó por ambas partes la suspensión de su tramitación por estar en proceso de negociación, lo que culminó con la presentación de un acuerdo transaccional que presentaron de común acuerdo al amparo del art. 77 LJCA y 19 LEC solicitando que se acordara su homologación”* (F.J.1º).

42 Tal y como contempla el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Guadalajara n. 65/2017, de 2 de marzo, por cuanto señala: *“la terminación del presente procedimiento, por haber llegado las partes a un acuerdo que implica la desaparición de la controversia”*.

43 De acuerdo con el artículo 21.1.b LJCA, tienen la consideración de parte demandada: *“Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”*.

44 GONZÁLEZ RIVAS, J.J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, cit., p. 598.

*sus compromisos intocables, su fisonomía casi perfecta. Aun así, aún presente el convencimiento de las partes en lo apropiado del acuerdo obtenido, múltiples factores pueden desencadenar su incumplimiento y hacer tambalear su eficacia*⁴⁵. Esta circunstancia puede situar a la mediación en desventaja con respecto a los sistemas heterocompositivos. Por ello, en buena lógica, parece conveniente regular la forma de lograr que el acuerdo tenga fuerza ejecutiva para evitar que, en los casos de incumplimientos totales o parciales, los acuerdos se conviertan en papel mojado, sin más posibilidad para las partes cumplidoras que acudir a la vía judicial.

En atención a lo previsto en el apartado 3 del artículo 77, el acuerdo transaccional logrado necesita la homologación judicial, una vez examinada la concurrencia de la capacidad procesal exigida a las partes y que es conforme a la ley, y siempre que lo acordado entre las partes no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros⁴⁶. Los terceros afectados, en cualquier caso, tendrán que ser llamados al proceso, y para que las consecuencias jurídicas de lo acordado les vinculen deberán también prestar su conformidad. En ese mismo auto que declara terminado el proceso, se ordenará el archivo de los autos y la remisión del expediente a la Administración. Si apreciase alguna de esas circunstancias, también se dictará auto motivado, haciéndolo constar así y continuando el proceso hasta dictar sentencia.

El auto dictado tendrá la misma fuerza ejecutiva que una sentencia. De esta forma, se está otorgando al acuerdo de mediación la misma fuerza que a la sentencia a efectos de ejecución forzosa, lo que refuerza el interés de la ley por esta forma de terminación del proceso. A este respecto, cabe traer a colación lo previsto en el artículo 517.2.9º LEC, en virtud del cual el auto que apruebe u homologue este acuerdo será título ejecutivo.

Ahora bien, transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el artículo 77.3, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa, en virtud del artículo 113 LJCA. Así, para recabar del órgano jurisdiccional la ejecución forzosa, este precepto distingue entre el supuesto de que el acuerdo no contuviera plazo para llevar a efecto sus previsiones, en cuyo caso la parte perjudicada podrá requerir a la obligada el cumplimiento y, si en plazo de dos meses no se produce, podrá “instar su ejecución forzosa”; y aquel otro supuesto en que el propio convenio incorpora un plazo para su cumplimiento, en el que cualquiera de las partes, transcurrido este, podrá instar del juez o tribunal la ejecución forzosa, sin actividad previa alguna.

45 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documentación, Madrid, 2010, p. 130.

46 Así también lo entiende GARCÍA VICARIO, al señalar que el juez debe negarse a admitir la validez de aquellos acuerdos intraprosales cuyo contenido sea “manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico” o “lesivo del interés público o de terceros”, con lo que se le encomienda una tarea de control sustantivo evidente (GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, enero de 2013, p. 19).

3.7 La mediación administrativa en el derecho portugués

En Portugal, es en la década de los 90 cuando se nota más claramente la apropiación progresiva de la mediación en textos normativos. Esta institución es admisible en diversos ámbitos y se han adoptado medidas para incrementar el uso de los sistemas de mediación en ciertas áreas jurídicas: empleo, asuntos penales, mercantiles, civiles y de familia. Y ello porque la mediación en materia familiar, laboral y penal cuenta con sus propias estructuras y mediadores especializados, mientras que la mediación civil y mercantil se produce en el marco de un proceso judicial ante los juzgados de paz⁴⁷.

Por lo que se refiere al ámbito administrativo, debemos acudir al Decreto-lei n. 214-G/2015, de 2 de octubre, a través del cual, y en virtud de la autorización legislativa otorgada por la Lei n. 100/2015, de 19 de agosto, se revisa, entre otras normas⁴⁸, el Código de proceso en los tribunales administrativos que había sido aprobado por la Lei n. 15/2002, de 22 de febrero⁴⁹.

En esta revisión se añade el artículo 87^o-C⁵⁰, mediante el cual se incorpora una tentativa de conciliación y mediación. En efecto, contempla la posibilidad de que, en atención al poder de disposición de las partes, se pueda llevar a cabo en cualquier momento del proceso un intento de conciliación o mediación. Ahora bien, para ello es necesario que las dos partes lo exijan conjuntamente o sea el juez quien considere que es adecuado.

Con todo, si bien el precepto alude fundamentalmente a la conciliación, en cuanto al desarrollo de la mediación se remite a lo establecido en la propia ley de mediación, por lo que, más allá de esta posibilidad que tienen las partes, el Código de proceso civil –Lei n. 41/2013, de 26 de junio–, en su artículo 273, hace referencia a la mediación y a la suspensión de la instancia. Se prevé que, en cualquier momento del proceso, el juez podrá determinar, siempre que lo considere oportuno, la remisión del proceso para la mediación, en cuyo caso este se suspenderá, salvo que alguna de las partes se oponga expresamente a tal remisión.

47 También resulta posible que en los juzgados de paz se pueda realizar una mediación sobre asuntos que quedan fuera de la competencia de estos órganos judiciales, lo que se denomina comúnmente como "mediación extracompetencial". Ello no obstante, este tipo de mediación no sigue las fases procesales habituales de las materias competencia de los juzgados de paz, pues, en caso de que no se logre un acuerdo, el proceso no puede continuar su curso en el juzgado, tal y como puede suceder en el caso de las mediaciones civiles y mercantiles, en las que los juzgados de paz son competentes.

48 Se revisa también: "o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código dos Contratos Públicos, o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, a Lei de Participação Procedimental e de Ação Popular, o Regime Jurídico da Tutela Administrativa, a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e a Lei de Acesso à Informação sobre Ambiente".

49 El proceso en los tribunales administrativos se rige por la Lei n. 15/2002, por el Estatuto de los tribunales administrativos y fiscales y, supletoriamente, por lo dispuesto en la Lei de proceso civil, con las adaptaciones necesarias.

50 Artigo 87.-C. " 1. Quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez.

2. Para o efeito do disposto no número anterior, as partes são notificadas para comparecer pessoalmente ou se fazerem representar por mandatário judicial com poderes especiais.

3. A tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução mais adequada aos termos do litígio.

4. Frustrando-se, total ou parcialmente, a conciliação, ficam consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio.

5. A mediação processa-se nos termos definidos em diploma próprio".

Además de esta previsión, las partes también pueden, conjuntamente, optar por resolver el conflicto a través de una mediación, acordando la suspensión del proceso por un período máximo de 3 meses. Esta suspensión se produce, de forma automática y sin necesidad de un auto judicial, con la comunicación por alguna de las partes del recurso a mediación.

En el supuesto de que no sea posible lograr un acuerdo en la mediación, el mediador debe poner en conocimiento del juez tal circunstancia y lo hará, preferentemente, por vía electrónica. Como consecuencia, cesará automáticamente y sin necesidad de ningún acto del juez la suspensión del procedimiento. Por el contrario, si se logra un acuerdo en la mediación, este se envía al juez, también preferentemente por vía electrónica, siguiendo lo previsto en la ley para la homologación del referido acuerdo.

En cuanto al acuerdo, los artículos 20 de la Lei n. 29/2013 y 56 de la Lei n. 54/2013, de 31 de julio⁵¹, prevén que su contenido será fijado libremente por las partes, debe ponerse por escrito y firmarse por todos los intervinientes, para la inmediata homologación por el juez de paz, teniendo el valor de sentencia.

Más allá de esta previsión, el artículo 14 de la Lei n. 29/2013 señala que, en los casos en que la ley no determine su obligación, las partes tienen la facultad de solicitar la homologación judicial del acuerdo obtenido en la mediación. La finalidad de tal homologación es verificar si se cumplen los requisitos previstos en este precepto: si el acuerdo respeta el asunto que pueda ser objeto de mediación; la capacidad de las partes para su celebración; si se respetan los principios generales del derecho; si se respeta la buena fe; y si no constituye un abuso de derecho y su contenido no vulnera el orden público. De esta manera, verificados los requisitos legales, el acuerdo de mediación constituirá título ejecutivo, pudiendo ser ejecutado en caso de incumplimiento de lo previsto por las partes⁵².

A pesar de esto, el artículo 9 de la Lei n. 29/2013 contempla unos supuestos en los que el acuerdo de mediación tiene fuerza ejecutiva, sin necesidad de homologación judicial. Concretamente, este precepto prevé que tiene fuerza ejecutiva el acuerdo: “a) *Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça*”.

Con todo, en el caso de que se deniegue la homologación, el acuerdo no produce efectos y será devuelto a las partes, quienes, en el plazo de 10 días, pueden someter un nuevo acuerdo para la homologación.

51 Primera modificación a la Lei n. 78/2001, de 13 de julio (*Lei de organização, competência e funcionamento dos julgados de paz*), que desarrolla algunos aspectos de organización y funcionamiento de los juzgados de paz.

52 MARQUES CEBOLA, C., “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”, *Revista Brasileira de Direito*, n. 11(2), julio-diciembre, 2015, p. 60.

4 Conclusiones

La disponibilidad que sobre el proceso contencioso-administrativo ha determinado el legislador español y portugués viabiliza su finalización por medios distintos de la sentencia. En efecto, el principio dispositivo constituye una pieza clave por cuanto su configuración implica que las partes litigantes tienen a su disposición el proceso. En consecuencia, estas pueden disponer no solo del inicio y del desarrollo, sino también de la terminación anticipada de la contienda, en concreto, cuando se alcanza un acuerdo transaccional.

En este sentido, en el derecho español, el artículo 77 LJCA contempla la posibilidad de someter la cuestión controvertida a la terminación convencional mediante transacción procesal y, por ende, a la mediación. Por tanto, existe la posibilidad de acudir a una mediación administrativa para dirimir las controversias de forma pacífica entre la Administración pública y los administrados. De este modo, se coadyuva a la disminución de los procesos contencioso-administrativos, permitiendo la solución de los litigios en el ámbito del derecho administrativo de manera más flexible y rápida.

Ahora bien, cuando la terminación anormal es resultado de la transacción entre las partes del litigio, la aceptación por ese cauce de unos hechos controvertidos no vincula al tribunal, que podrá ordenar la continuación del proceso cuando aprecie que lo acordado es manifiestamente contrario al ordenamiento o estime que es lesivo para el interés público o de terceros.

Con todo, a pesar de las potencialidades de la mediación, lo cierto es que esta presenta un escaso alcance práctico a la hora de terminar este tipo de procesos de manera anticipada y consensuada. Además, la regulación que de ella encontramos en la ley es reducida, por lo que es la jurisprudencia la que, en numerosas ocasiones, ha tenido que concretar su alcance y significado. Esta realidad trae su causa, en mayor medida, del poco interés de las administraciones públicas afectadas y de la insuficiente tradición que presenta esta figura en el orden contencioso-administrativo, por lo que se entiende que los poderes públicos debieran fomentarla, máxime cuando razones no faltan para dotar a este sistema autocompositivo de una eficaz y sólida operatividad.

Por lo que respecta al derecho portugués, gracias a la incorporación del artículo 87º-C en la Lei n. 41/2013, se podrá acudir a una mediación para tratar de solventar el conflicto ante los tribunales administrativos, siempre que las dos partes lo exijan conjuntamente o el juez considere que es adecuado. Ahora bien, en este ámbito la regulación se centra en la conciliación, por lo que es necesario acudir a lo dispuesto en la propia regulación de la mediación.

Bibliografía

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J.M. y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, J.M., “La sentencia y otras formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, Oliván del Cacho, J. y Ezquerro Huerva, A. (dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ARRUDA BARBOSA, Á., *Mediação Familiar: Instrumento Transdisciplinar em Prol da Transformação dos Conflitos Decorrentes das Relações Jurídicas Controversas*, Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2003.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CARDONA FERREIRA, J.O., “Sistemas de Justiça e Mediação”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, año VI, n. 11, 2005.
- CASADO ROMÁN, J., “Las formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 7077, Sección Doctrina, 16 de diciembre de 2008.
- CASTALDE SAMPAIO, L.R. y BRAGA NETO, A., *O que é mediação de Conflitos*, Brasiliense, São Paulo, 2007.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- DUPLÀ MARÍN, M.T., CUMELLA DE MONTSERRAT, C. y MANÉN YZAGUIRRE, M., “¿Responde la mediación a una gestión más eficiente de los conflictos en el ámbito administrativo?”, *Diario La Ley*, n. 9385, Sección Práctica Forense, 27 de marzo de 2019.
- FRANÇA GOUVEIA, M., “Mediação e Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, n. especial 1, 2010.
- GAMERO CASADO, E., “Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 198, Crónica, 2019.
- GARCÍA GARCÍA, L., “La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares”, *Estudios jurídicos*, 2004.
- GARCÍA MANZANO, P., “Terminación del procedimiento”, Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- GARCÍA TEJADA, D.J., “Una breve aproximación a la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo”, *Actualidad Administrativa*, n. 3, Sección Ejercer en forma y plazo, marzo de 2019.
- GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, enero de 2013.
- GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 145, enero-abril de 1998.
- GONZÁLEZ RIVAS, J.J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, Thomson, Madrid, 2008.
- LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Oñati – Instituto Vasco de la Administración Pública, Bilbao, 2000.
- MARQUES CEBOLA, C., “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”, *Revista Brasileira de Direito*, n. 11(2), julio-diciembre, 2015
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documentación, Madrid, 2010.
- PAIXÃO CAMPOS, J., *A Conciliação Judicial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009.
- PEDROSO, J., TRINCÃO, C. y DIAS, J.P., “Percurso da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)”, *Observatório Permanente da Justiça portuguesa. Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, 2001.
- SALA SÁNCHEZ, P., “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, n. 9632, Sección Doctrina, 14 de mayo de 2020.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010.
- SILVA, A.M., “Mediación en Portugal: una trayectoria en construcción”, *La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, n. 41, mayo de 2014.
- VALIÑO CES, A. y ALONSO SALGADO, C., “Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial pre-procesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, Areces Piñol, M.T. (coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- VEZZULLA, J.C., *Mediação*, Agora Publicações, Barcelos, 2001.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-décembro 2020 | pp. 445-458
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4610>
© Víctor José Barbeito Pose
© Julián Bustelo Abuín
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 28/10/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os contornos de protección
na Lei 5/2016 e no Plan
básico autonómico

Los entornos de protección en la Ley 5/2016 y en el Plan básico autonómico

Settings of cultural heritage
in 5/2016 Act and the
Basic Regional Plan

60 Regap

Regap



VÍCTOR JOSÉ BARBEITO POSE

Centro Arqueolóxico de O Barbanza
<https://orcid.org/0000-0001-7414-2085>
centroarqueoloxicobarbanza@gmail.com

JULIÁN BUSTELO ABUÍN

Investigador del Grupo de Estudios para la Prehistoria del NW
Ibérico. Arqueología, Antigüedad y Territorio
Universidad de Santiago de Compostela
julianbustelo17@gmail.com

Resumo: Neste traballo analizamos a figura de “contorno” de protección dos bens culturais, e máis concretamente aplicada ao patrimonio arqueolóxico. Facemos un percorrido pola figura de contorno desde o eido internacional, nacional e galego, para logo analizar algunhas cuestións que consideramos contraditorias xurdidas a partir da aprobación do Plan básico autonómico e a configuración de novos contornos de protección que se afastan do establecido na Lei do patrimonio cultural de Galicia, e xeran un quebranto sobre a protección efectiva ao non teren en conta a complexidade dos bens que cómpre protexer e a realidade do patrimonio arqueolóxico galego, recorrendo ao criterio de distancia para fixar o contorno de protección.

Palabras clave: urbanismo, patrimonio cultural, arqueoloxía, arte rupestre, protección.

Resumen: En este trabajo analizamos la figura de “entorno” de protección de los bienes culturales, y más concretamente aplicada al patrimonio arqueológico. Hacemos un recorrido por la figura de entorno desde el ámbito internacional, nacional y gallego, para luego analizar algunas cuestiones que consideramos

contradictorias surgidas a raíz de la aprobación del Plan básico autonómico y la configuración de nuevos entornos de protección que se apartan de lo establecido en la Ley del patrimonio cultural de Galicia, y generan un quebranto sobre la protección efectiva al no tener en cuenta la complejidad de los bienes que es preciso proteger y la realidad del patrimonio arqueológico gallego, recurriendo al criterio de distancia para fijar el entorno de protección.

Palabras clave: urbanismo, patrimonio cultural, arqueología, arte rupestre, protección.

Abstract: In this work we're analyzing the figure of "the setting of cultural heritage", and more specifically applied to archaeological site. We take a tour of the figure "the setting of cultural heritage", from the international, national and Galician sphere, to then analyze some troubles that we consider contradictory that emerge as a result of the approval of the *Plan básico autonómico* and the configuration of new setting of cultural heritage that deviate from what is established in the Law of the cultural heritage of Galicia and generate a loss on the effective protection of the heritage sites by not taking into account the complexity of those to be protected and the reality of the Galician archaeological heritage, resorting to the distance criterion to set its protection.

Key words: urbanism, cultural heritage, archaeology, rock art, protection.

SUMARIO: 1 El origen y desarrollo del concepto entorno: documentos internacionales sobre protección y conservación de bienes culturales. 2 La configuración del entorno en la Ley del Patrimonio Histórico Español. 3 Los primeros entornos en la legislación gallega. 4 Los entornos en la actual normativa gallega del patrimonio cultural. 5 El Plan básico autonómico. 6 Conclusiones.

1 El origen y desarrollo del concepto entorno: documentos internacionales sobre protección y conservación de bienes culturales

La figura del entorno tiene un largo recorrido en los documentos internacionales sobre el patrimonio cultural; podemos encontrarla de forma seminal en la Carta de Atenas de 1931, aunque bajo la denominación de "ambiente", considerándolo como objeto de un cuidado especial, fundamentalmente en la cercanía de los monumentos antiguos, a la vez que deben respetarse algunas perspectivas particularmente pintorescas¹.

De manera paulatina, durante la segunda mitad del siglo XX se asentará la noción del entorno². Concretamente en la Carta de Venecia de 1964 se hace hincapié en que la conservación del monumento implica un marco a su escala, estableciendo que, en caso de conservarse el marco tradicional, se mantendrá, y que toda construcción nueva, toda destrucción y cualquier arreglo que pudiera alterar las relaciones entre los volúmenes y la gama cromática será desechada (artículo 6 de la Carta de Venecia).

Sin ánimo de ser exhaustivo, la Comisión Francischini de 1967, la Carta de Quito de 1967, la Convención de la Unesco sobre Patrimonio Mundial de 1972, la Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico de 1975 del Consejo de Europa, la Recomendación de Nairobi de 1976, el Tercer Simposium Europeo de Múnich de 1978, la Convención de Granada de 1985, la Carta de Cracovia de 2000, el Convenio de Florencia o la

1 AYÚS Y RUBIO, M., *Régimen jurídico de los entornos de protección de los bienes de interés cultural*, Universidad de Alicante, Departamento de Estudios Jurídicos del Estado, Alicante, 2012, p. 51.

2 QUEROL FERNÁNDEZ, M.A., *Manual de gestión del patrimonio cultural*, Akal, Madrid, 2010.

Declaración de Xi'an de 2005, todas ellas tratan, con mayor o menor intensidad, lo que hoy conocemos como entorno, siendo la Declaración de Xi'an un tratado monotemático de la relevancia del mismo y sobre su importancia para los bienes culturales.

La denominación con la que aparece en los instrumentos internacionales es variada (*ámbito, contexto, escenario o ambiente*), pero todas tienen como denominador común que el patrimonio cultural no se conciba como un elemento aislado, sino en su contexto, y, consecuentemente, irá adquiriendo un estatuto jurídico propio. Estos documentos insisten en que, además de proteger el bien cultural, es necesario tutelar el ambiente urbano o paisajístico que lo rodea; es decir, existe una simbiosis o asociación entre el bien y el entorno.

2 La configuración del entorno en la Ley del Patrimonio Histórico Español³

Con la aprobación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE), la figura del “entorno” aparece a lo largo del articulado bajo distintas denominaciones: entorno afectado, entorno territorial o urbano, área territorial o inmediato entorno. La LPHE no lo define directamente. La regulación del artículo 17 es muy concisa, al establecer que en la tramitación de un expediente de declaración de bien de interés cultural de un conjunto histórico deberán considerarse sus relaciones con el área territorial a la que pertenece, así como la protección de los accidentes geográficos y parajes naturales que conforman su entorno. Por ello, podemos inferir que el entorno está formado por un ámbito definido por accidentes geográficos y elementos naturales. Además, el artículo 18 fija que un inmueble declarado Bien de Interés Cultural (en adelante BIC) es inseparable de su entorno salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social; y el artículo 19 determina la necesidad de autorización previa para realizar obras en el entorno afectado por la declaración del bien.

Sintetizando, la LPHE define indirectamente la figura de entorno, la somete a intervención administrativa estableciendo la necesidad de autorización previa para realizar obras en él, dispone la necesidad de fijar un entorno en la declaración de los bienes inmuebles de interés cultural y determina la vinculación física entre entorno y bien al ser inseparables, salvo condiciones excepcionales.

3 “La inclusión de un espacio o porción del territorio relativamente independiente de la obra humana entre los objetos a proteger por la legislación protectora del patrimonio histórico en base a que posean algún valor de tipo cultural tiene lugar por primera vez en el Real decreto-ley de 9 de agosto de 1926”. (ALONSO IBÁÑEZ, M.R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 39). Posteriormente, tanto la Ley de 1933 como el Decreto de 22 de julio de 1958 prescribirán la necesidad de autorización de Bellas Artes para realización de obras en el entorno de los monumentos y conjuntos históricos (ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomo II. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, p. 45).

3 Los primeros entornos en la legislación gallega

Tras la aprobación del Estatuto de autonomía de 1981 y la posterior transferencia de competencias en materia de cultura en 1982, quedarán sujetos a autorización alrededor de unos 380⁴ bienes declarados de interés cultural en sus distintas categorías (monumentos, conjuntos históricos, parajes pintorescos o jardines históricos) y bajo la tutela de la Administración autonómica⁵. Muchos de ellos carecían de entorno de protección, especialmente los arqueológicos, y no será hasta la entrada en vigor de las Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento provincial (en adelante NCSPP), dictadas por resolución de la Consellería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas en 1991, cuando el número de bienes culturales sobre los que se ejercerá alguna tutela se incremente exponencialmente.

Las NCSPP vinieron a cubrir un vacío en la ordenación del territorio y planeamiento urbanístico en un momento en que la mayoría abrumadora de los ayuntamientos gallegos carecían de alguna figura de planeamiento, pero además incluían un inventario de bienes de diversa naturaleza que debían ser protegidos (BIC, yacimientos arqueológicos, elementos etnográficos, patrimonio arquitectónico y religioso...) y una ordenanza reguladora. Esta ordenanza regulaba los suelos no urbanizables de protección de patrimonio, fijando áreas de protección (vigentes en ausencia de planeamiento aprobado) donde era preceptivo el informe previo de la Comisión Provincial de Patrimonio con carácter vinculante, estableciendo una franja de 200 metros medidos desde el elemento o vestigio más exterior del bien cuando se tratase de restos arqueológicos, y, cuando varios elementos singulares se articulasen en un conjunto, la franja se trazaría desde los elementos más exteriores del conjunto y abarcaría la totalidad. A partir de este momento, el número de bienes aumentó de modo cuantitativo, identificándose alrededor de 2.000 yacimientos⁶; y también cualitativamente, al armonizar los entornos para todos aquellos bienes que carecían de ellos, que eran todos salvo los conjuntos históricos.

Otro hito será la aprobación del Decreto 430/1991, de 30 de diciembre, por el que se regula la tramitación para la declaración de bien de interés cultural y se crea el Registro de Bienes de Interés Cultural para Galicia⁷, en el cual se transcribe y amplía

4 Dato tomado del archivo denominado "Datos en formato abierto y reutilizable de los Bienes de Interés Cultural". Acceso web: <https://www.cultura.gal/es/registro-bienes-interes-cultural> (consultado el 6 de octubre de 2020).

5 Habría que tener en consideración otros bienes, caso de los recogidos en el Decreto 571/1963, que ponía bajo control administrativo (autorización del Ministerio de Educación) el desplazamiento o la autorización de obras o reparaciones de bienes, aunque la incidencia de esto no debió ser de gran impacto.

6 El número exacto de bienes es imposible cuantificar, dado que por un lado no existe cartografía asociada al patrimonio arqueológico que permita identificar de qué bien se trata, y, por otro, la denominación en ocasiones es en plural sin hacer referencia al número de bienes, por ejemplo: túmulos dolménicos de Trasmonte (parroquia de Trasmonte, Ames) sin saber exactamente el número de túmulos dolménicos a los que se refiere. El cómputo total de bienes asciende a 1.646 y, teniendo en cuenta que en 169 casos se utiliza el plural sin discernir el número exacto de elementos a los que hace referencia, estimamos como mínimo que en caso de usar el plural existen dos bienes, lo que aporta una cifra mínima de 1.815 yacimientos. Esta cifra tampoco está exenta de problemas, dado que se relacionan una serie de bienes bajo el epígrafe patrimonio arquitectónico que presentan valores arqueológicos, véase el caso de las Torres do Oeste (Catoira) o la Torre de San Sadurniño (Cambados).

7 DOG n. 14, de 22 de enero de 1992.

el artículo 17 de la LPHE, ya que ahora pasan a ser preceptivas en la tramitación de los expedientes de declaración de todos los inmuebles como BIC, y no únicamente para los conjuntos históricos, las relaciones del bien con su área territorial a la que pertenece, así como la protección de los accidentes geográficos y elementos naturales que conformen su entorno (artículo 5).

Con la aprobación de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural de Galicia, el entorno se delimita tanto a los expedientes de declaración de los BIC como de los bienes catalogados (artículo 19). Los bienes catalogados son una categoría intermedia entre los sujetos a máxima protección (BIC) y los inventariados. Asimismo, siguiendo la estela de la LPHE, determina que los bienes declarados de interés cultural son inseparables de su entorno, refuerza la prohibición de instalar publicidad, cables, antenas y todo aquello que impida o menoscabe la apreciación del bien dentro de su entorno y la amplía más allá de los jardines históricos y de los monumentos a sitios o territorios históricos, zonas arqueológicas, lugares de interés etnográfico y zonas paleontológicas.

Del mismo modo, se determina la necesidad de autorización previa para realizar obras, señalizaciones, instalaciones y cambios de usos en los entornos de los bienes, y define los elementos constitutivos del entorno para los monumentos estableciendo unos criterios técnicos para las actuaciones que se realicen en él (volumen, tipología, morfología, cromatismo...); además, tipifica como infracción la realización de actuaciones en los entornos de los bienes, graduando la tipificación en función del nivel de protección de los bienes.

Finalmente, recoge dos cuestiones de gran interés: la primera está relacionada con la incorporación al Inventario general del patrimonio cultural de Galicia de aquellos bienes recogidos en los catálogos de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento de las provincias de A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra, aprobadas por la Orden de la Consellería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de 3 de abril de 1991, así como los contenidos en los catálogos de cualquier otra figura de planeamiento (disposición adicional segunda) y que analizaremos posteriormente algunas consecuencias a raíz de su “desintegración” con la actual ley; y la segunda fija que, a la entrada en vigor de la ley, el entorno de un inmueble catalogado que no esté delimitado expresamente por una figura de planeamiento será determinado por la Consellería de Cultura de acuerdo con la incidencia del bien en las áreas afectadas por él.

No consta que la *consellería* con competencias en materia de patrimonio cultural definiese entornos de los bienes catalogados, al menos de naturaleza arqueológica. Cierto es que, a partir de principios de la década de los noventa, comienza a acelerarse la redacción de instrumentos urbanísticos y a redactarse catálogos que tímidamente empiezan a localizar los yacimientos arqueológicos y posteriormente a delimitar entornos de los bienes arqueológicos, aunque esta delimitación se reducía a expresiones geométricas sencillas comúnmente empleadas en cartografía, tales como puntos o círculos, y, en muy menor medida, polígonos⁸.

8 Sirvan de ejemplo el Plan general de ordenación urbana de 1994 de Baiona; el de Lugo de 1990, con delimitación poligonal de suelos de especial protección para castros y yacimientos arqueológicos; o el Plan xeral de ordenación municipal de A

Con posterioridad, se publicó el Decreto 232/2008, sobre el *Inventario xeral do patrimonio cultural de Galicia*⁹, que dedica un artículo a los entornos de protección, estableciendo dos posibilidades: o bien, en el momento de incoación del procedimiento, se podría establecer un entorno de protección específico, o uno genérico, constituido por una franja de 200 metros medida desde el elemento o vestigio más exterior del bien para el patrimonio arqueológico.

4 Los entornos en la actual normativa gallega del patrimonio cultural

El 16 de agosto de 2016 entra en vigor la actual ley, Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia (en adelante LPCG), que va a aportar muchas novedades respecto del entorno. Veamos algunas de esas novedades.

En la exposición de motivos se argumenta que la norma aporta una mayor seguridad jurídica en varios aspectos, y entre ellos, la concreción de los entornos de protección subsidiarios, evitando la disipación y la disfunción propias del recurso a otros sectores del ordenamiento, como el urbanismo, que responden a otras finalidades y a otras lógicas. Conscientes de que la exposición de motivos no es la parte dispositiva, sin embargo no está exenta de problemas dada la falta de claridad al arrojar incertidumbre, e interpretarse que estamos ante distintos tipos de entornos según se trate del ámbito del patrimonio cultural, urbanístico, medioambiental, forestal, etcétera.

Entonces surge la siguiente cuestión: ¿la tutela de estos entornos “sectoriales” dependerían igualmente de la intervención administrativa de los órganos sectoriales respectivos o, por el contrario, están sujetos al dictamen de la Administración con competencias en patrimonio cultural? La respuesta parece clara, y al menos así viene siendo cuando la autorización sobre entornos de protección de bienes culturales en lo relativo a la tutela de sus valores culturales la ejerce la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural, salvo contadas excepciones; por todo ello, resulta poco clarificador el asunto de los entornos subsidiarios en la exposición de motivos.

Mientras la LPHE establecía la necesidad de fijar un entorno en los bienes inmuebles de interés cultural, ahora en la LPCG solo las categorías de monumentos, zonas arqueológicas y vías culturales contarán con entorno de protección, y deja la puerta abierta a la posibilidad de establecerlo para el resto de categorías atendiendo a sus características, pero sin fijar cuáles. Resulta llamativo que las categorías de jardín histórico, sitio histórico y conjunto histórico, al menos en la categoría de bienes de interés cultural, ahora no necesiten entorno de protección, devaluando la tutela sobre estos bienes y abriendo la puerta a un progresivo deterioro de la conservación, percepción y comprensión del propio bien.

La LPCG define el entorno de protección introduciendo algunos cambios; ahora ya no afecta a todas las categorías de bienes, sino solo a algunas, aunque se amplía al

Coruña de 1998, que incorpora delimitaciones específicas de yacimientos arqueológicos.

9 DOG n. 206, de 23 de octubre de 2008.

no afectar únicamente a los BIC, sino también a los bienes catalogados. Se introduce la obligación en las declaraciones o catalogaciones de establecer los límites de uso y los condicionantes necesarios para salvaguardar el entorno de protección sin que ello implique la cualificación como bien declarado o catalogado. El entorno de protección está compuesto por el espacio y bienes en las inmediaciones o alrededores del bien que puedan incidir en la percepción y compresión de los valores culturales de los bienes en su contexto o pueda afectar a su integridad, apreciación o estudio. Como podemos observar, sigue fijándose el entorno según la proximidad y como escenario del bien, pero alejándolo de la consideración jurídica del bien, estableciendo una clara disociación entre bien y entorno.

Otra de las novedades es la introducción de la figura de zona de amortiguamiento, tomada de los instrumentos de la UNESCO en relación con el Patrimonio Mundial y que establece un ámbito más amplio de protección para evitar poner en peligro su valor universal excepcional. En nuestro caso establece la posibilidad de delimitar la zona de amortiguamiento alrededor del bien exclusivamente, o del bien y el entorno, y cuyo objetivo es reforzar su protección y sus condiciones de implantación en el territorio según establece la norma, a pesar de que podría darse el caso de que en aquellos bienes que solo dispongan de zona de amortiguamiento y sin entorno se procediese a una rebaja efectiva de la protección, dado que las exigencias dentro de la zona supletoria de protección son más laxas.

Otra innovación (art. 22.1.d) es la posibilidad de establecer un nuevo entorno dentro del ámbito de un bien declarado, se sobreentiende que debe tratarse de un bien de ámbito territorial, o al menos uno de mayor amplitud que el otro, que una vez declarado es posible declarar de manera individualizada otro bien en su interior y, si es el caso, con su respectivo entorno y zona de amortiguamiento. Esta situación podría dar lugar a varios conflictos: por ejemplo, que una doble tutela de una misma naturaleza (patrimonio cultural) sobre un mismo espacio sometido a un doble régimen jurídico; es decir, el mismo espacio forma parte de un bien declarado de interés cultural y sometido al propio régimen jurídico de los BIC, pero a la vez es entorno y est sujeto al régimen de los entornos. Si este fuese el caso, estaríamos en una situación en la que el bien de mayores dimensiones se convierte en escenario sujeto a un régimen jurídico más *soft* al transformarse en escenario de otro bien de menores dimensiones y, consecuentemente, sería algo ilógico y antijurídico. Otro de los conflictos posibles es la superposición de entornos, que necesitaría dictaminar cuál es la prevalencia de un entorno sobre otro que a la vez pueden proteger a una misma categoría de bien.

Es de gran relevancia en relación con los entornos o zonas de amortiguamiento el artículo 24.3 de la LPCG, ya que establece que la delimitación o modificación del entorno de protección o zona de amortiguamiento seguirá el mismo procedimiento previo para la declaración de bien, sin especificar si se trata de los entornos singularizados o de los subsidiarios, por lo que se entiende que se refiere a ambos. Esto plantea un dilema, sirvan de ejemplo los grabados rupestres declarados en 1975 en la provincia de Pontevedra, que en su momento fueron declarados sin entorno, pero asumen mayoritaria y subsidiariamente lo establecido en las NCSPP de 1991, sin entrar

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

a valorar si las áreas de protección son otro tipo de figura ajena al entorno, y que, tras la aprobación del Plan básico autonómico en 2018¹⁰ (en adelante PBA), una parte de estos grabados pasan a tener un nuevo entorno de BIC, saltándose lo establecido en el artículo 24.3 de la LPCG.

El artículo 30, relativo a los catálogos urbanísticos de protección de bienes integrantes del patrimonio cultural, fija que los bienes inmuebles que se recojan singularizados en los instrumentos de planeamiento urbanístico y ordenación del territorio se integran en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, incluido su entorno de protección, salvo que tengan la consideración de bienes de interés cultural. Este precepto arroja dudas sobre el destino de los entornos singularizados de los bienes de interés cultural que aparezcan detallados en los catálogos de los instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio, dado que nada se dice de ellos en la LPCG, y tampoco es de aplicación el artículo 38 de entornos de protección subsidiarios.

Otra originalidad de la norma LPCG son los entornos subsidiarios recogidos en el artículo 38, no exentos de problemas en la práctica por acarrear cierta indefinición en algunas cuestiones derivadas de las mediciones de distancias o identificar el vestigio más exterior del bien.

Los artículos 39 y 65 establecen que las intervenciones que se pretendan realizar en los entornos o zonas de amortiguamiento están sujetas a autorización, con las excepciones previstas en la ley. Es decir, hay una serie de intervenciones que no necesitan de autorización expresa, en particular las actuaciones forestales sujetas a autorización única, que solo requieren de un informe preceptivo de la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural, que establecerá, en su caso, las condiciones a que habrá de sujetarse la intervención y sustituirá las autorizaciones previstas por la presente ley. Se trata de un tema espinoso si tenemos en cuenta que se saltan las ordenanzas reguladoras de los instrumentos urbanísticos de multitud de ayuntamientos que regulan los suelos rústicos de protección patrimonial y en los que suele recogerse como preceptiva la autorización de la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural.

Por otro lado, la disposición adicional undécima fija la suspensión de obras o de cualquier actuación que suponga la demolición o destrucción parcial de bienes integrantes del patrimonio cultural no catalogados o declarados de interés cultural. Esta disposición podría ser de aplicación a los entornos y zonas de amortiguamiento por no tratarse de “bienes catalogados o declarados” pero sí considerados como elementos del patrimonio cultural, siendo esta una de las características definitorias de estos bienes híbridos, como son el entorno y las zonas de amortiguamiento.

Aparentemente, y según el artículo 40, en el entorno de protección y zona de amortiguamiento son posibles actuaciones de investigación, valorización, mantenimiento, conservación, consolidación, restauración, rehabilitación, reestructuración, ampliación y reconstrucción, pero en ningún caso la construcción de nuevos inmuebles,

10 Decreto 83/2018, de 26 de julio, por el que se aprueba el Plan básico autonómico de Galicia (DOG n. 162, de 27 de agosto de 2018).

salvo alguna excepcionalidad¹¹; esto resulta estridente en relación con el régimen de intervenciones en el entorno (artículo 45) donde se permiten nuevas construcciones e instalaciones o la implantación o los cambios de uso que pudieran tener incidencia sobre la apreciación de los bienes en el territorio, incluidas las repoblaciones forestales.

Resulta sorprendente cómo una actuación en un entorno que pueda perturbar la apreciación del bien cultural sea susceptible de autorización teniendo en cuenta las características asociadas a los entornos de protección que venimos definiendo. A pesar de ello, son alentadoras las sugerencias que se introducen en el artículo 46, relativo a los criterios específicos de intervención en el entorno de protección; y se vuelve un galimatías al recoger la ley que podrán expropiarse por causa de interés social los inmuebles situados en el entorno de protección de los bienes de interés cultural que atenten contra su armonía ambiental, perturben su contemplación o impliquen un riesgo para su conservación (artículo 51.2); es decir, podría darse el caso de autorizar una intervención que pueda afectar a la apreciación del bien, mientras se acude al precepto constitucional de la función social de la propiedad para ejercer la potestad expropiatoria sobre un inmueble por perturbar la contemplación de un bien cultural.

Continuando con la tradición normativa, se establece que los bienes inmuebles de interés cultural son inseparables de su entorno, salvo que resulte imprescindible por causa de caso fortuito, fuerza mayor, utilidad pública o interés social, después del informe favorable de la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural. Y se establece la posibilidad de definir cautelas en lo que respecta al subsuelo del bien desplazado, en consonancia con la posibilidad de estudio que define el artículo 12, ya que la integridad y observación, los otros dos criterios, son indisolubles del propio bien, por eso deja abierta la posibilidad de que el bien desplazado pueda contar con un nuevo entorno de protección (artículo 52.3). Existe una excepción relacionada con los bienes etnológicos, en los cuales el desplazamiento dentro del entorno de protección del bien no se considerará traslado ni implicará una modificación de su delimitación.

Los planes especiales de protección¹² son instrumentos que tienen por objeto preservar el medio ambiente, las aguas continentales, el litoral costero, los espacios naturales, las vías de comunicación, los paisajes de interés, el patrimonio cultural y otros valores análogos. La declaración como BIC de un conjunto histórico, zona arqueológica, lugar de valor etnológico o sitio histórico determinará la obligación para el ayuntamiento donde radique el bien de redactar un plan especial de protección del bien, y que se podrá extender a su entorno de protección y zona de amortiguamiento (art. 55 LPCG). Como podemos observar, el entorno es susceptible de figurar bajo el paraguas protector de un plan especial para conservar sus valores determinados por ser el “escenario” del bien cultural.

11 Concretamente el artículo 44.2 establece que, en caso de que los bienes protegidos sean bienes integrantes del patrimonio arquitectónico o industrial, entonces podrá ser autorizado excepcionalmente por la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural otro tipo de intervenciones distinto al establecido de forma general, en los casos en que se analicen de forma pormenorizada las características y condiciones de conservación del bien y su entorno de protección, los valores culturales protegidos y las mejoras funcionales, siempre que el proyecto de intervención justifique su conveniencia en aras de un mayor beneficio para el conjunto del patrimonio cultural de Galicia.

12 Artículo 71.1 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia.

De la literalidad de la disposición adicional segunda de la LPCG se extrae otra consecuencia vinculada a los entornos: en el momento de la entrada en vigor de la LPCG desaparece el Inventario y los bienes que no tengan la consideración de bienes de interés cultural pasan al Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, pero nada se dice de los entornos; y es dudoso que sea de aplicación el artículo 30.1, dado el principio de irretroactividad, por lo que sus efectos solo operarían después de su entrada en vigor y no para aquellos que formaran parte de catálogos urbanísticos previos.

La Ley de patrimonio cultural de Galicia también establece como medida de fomento que las inversiones destinadas a mejorar las condiciones de apreciación del BIC, tanto en actuaciones sobre él como sobre su entorno de protección, tendrán la consideración de inversiones sobre el BIC y gozarán de beneficios fiscales.

Para terminar, la LPCG tipifica como infracciones la realización de cualquier intervención en el entorno de protección sin contar con autorización previa o contraviniendo los términos de esta, o el otorgamiento por parte de las administraciones locales de títulos habilitantes cuando sean contrarios al ordenamiento jurídico. También está prevista, como medida de resarcimiento de daños, la reparación de la alteración producida en los entornos de protección.

5 El Plan básico autonómico

El PBA es un instrumento de planeamiento urbanístico recogido en la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, y que tiene por objeto delimitar las afecciones derivadas de la legislación sectorial. Será aplicable en los ayuntamientos que carezcan de Plan general de ordenación municipal, y tiene carácter complementario para aquellos otros que dispongan de él, supliendo posibles indeterminaciones y lagunas del planeamiento vigente.

Según el artículo 92.2 del Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la ley del suelo gallega, el PBA identificará todos los bienes inmuebles del patrimonio cultural, tanto los inscritos en el Registro de Bienes de Interés Cultural de Galicia como en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, y sus entornos de protección y zonas de amortiguamiento, en su caso. Y el artículo 95 establece que el PBA incluirá entre sus documentos un catálogo que aparece detallado en el artículo 101. Dicho catálogo recogerá todos los bienes inmuebles del patrimonio cultural: bienes de interés cultural, catalogados, así como aquellos otros que indique motivadamente la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural, incluidos entornos y zonas de amortiguamiento, en su caso. Una consecuencia directa de esto es que el Catálogo del PBA contiene la relación más actualizada y totalizadora de los bienes del patrimonio cultural.

Con la entrada en vigor del PBA, un número no desdeñable de yacimientos arqueológicos que carecían de un reconocimiento jurídico previo pasan a formar parte del ámbito de patrimonio cultural, quedando sujetos a una tutela jurídica de la que carecían. Dicho de otro modo, existían varios miles de yacimientos conocidos gracias a trabajos arqueológicos previos o hallazgos que forman parte de inventarios o catálogos

administrativos pero que carecían de reconocimiento jurídico y, en consecuencia, disponían de un grado de protección de carácter residual. En esta situación se encontraba un número cuantitativamente importante de petroglifos que, tras la aprobación del PBA, deberían quedar calificados como BIC¹³, tal como fijan las normativas estatal y autonómica, pero sorprendentemente ni la representación gráfica ni la información recogida en su catálogo clasifican estos bienes como tales¹⁴.

Pudiera interpretarse que, una vez producido el acto administrativo constitutivo, pasasen directamente a tener la consideración de BIC por aplicación del artículo 94.2 LPCG, aunque también podría considerarse que estos bienes no alcancen los valores y las características que les son propias a las manifestaciones de arte rupestre y, consecuentemente, su calificación jurídica se reduciría a bienes integrantes del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia por aplicación directa del artículo 30.1 LPCG.

El reconocimiento formal se produce a partir del mecanismo jurídico fijado en el artículo 30.1 de la LPCG, al establecer que los bienes inmuebles que se recojan individualmente singularizados en los instrumentos de planeamiento urbanístico y ordenación del territorio se integran en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, incluido, en su caso, su entorno de protección, salvo que tengan la consideración de bienes de interés cultural. Este precepto es interesante al plantear que los elementos recogidos en los catálogos y sus entornos pasan a formar parte del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, es decir, el entorno pasa a formar parte del catálogo, pero sin que ello suponga su calificación como bien catalogado (art. 12.2 LPCG). Podríamos entonces entender que formando parte del catálogo existen elementos, véase los entornos o zonas de amortiguamiento, que forman parte de él, pero no tienen la consideración de catalogados. Esta división interna del catálogo parece ser el resultado de una mala configuración jurídica del mismo.

Como consecuencia de la aprobación del PBA y de su catálogo, se producen una serie de efectos jurídicos, algunos de ellos ya comentados (actualización de bienes o actos de reconocimiento formal de nuevos bienes), y de otros relacionados con los entornos de protección. Concretamente, la inmensa mayoría de los bienes cuentan ahora con un entorno geométrico de protección dependiendo de la naturaleza de los bienes, para el caso arqueológico de 200 metros, con excepción de unos pocos BIC con

13 Los bienes de interés cultural pueden ser declarados directamente por la ley (*ex lege*), por anotación mediante resolución administrativa o a través de un expediente administrativo individualizado. En el caso de los primeros, no nacen de la decisión administrativa, sino de un atributo del bien que es requerido por ley, pero para ello necesita de su inclusión formal en alguno de los instrumentos oficiales que dé constancia del hecho; es decir, necesita de un acto administrativo constitutivo que confirme que el bien en cuestión presenta las características requeridas por ley, momento a partir del cual se proyectará la tutela jurídica sobre él.

14 Salvo que consideremos que el Catálogo del PBA sea *sensu stricto* un instrumento y que tampoco conforme una categoría de protección, sino que el régimen jurídico de protección deriva única y exclusivamente del mecanismo establecido en la LPCG, de la misma forma que el Registro de BIC "está configurado legalmente como un registro público de carácter jurídico y no meramente administrativo, que tiene por objeto la anotación e inscripción de los actos que afecten a la identificación y localización de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados expresa y formalmente de interés cultural, y que da fe de los datos consignados en el mismo a los efectos previstos en la Ley 16/1985. No es un instrumento que encierre actividad de catalogación en sentido estricto. Tampoco conforma una categoría de protección. El régimen jurídico de protección de los Bienes de Interés Cultural deriva única y exclusivamente de la declaración formal, por ministerio de la ley o por resolución administrativa. La inscripción en el Registro no tiene, a tales efectos, eficacia constitutiva". (ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (coord.), *Los Catálogos Urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2004, p. 27).

entornos singularizados, y, a tenor de lo dispuesto en artículo 30.1 de la LPCG, pasan a incorporarse al catálogo, dándose varias curiosidades:

1) Los bienes que formaban parte del Inventario del Patrimonio Cultural de Galicia previamente por figurar en catálogos de planeamiento suelen contar con un entorno singularizado y ordenanza reguladora.

Tras la aprobación del PBA, se le suma un nuevo entorno geométrico (y no coincidente) y, salvo que sea de aplicación el punto 2 de la disposición derogatoria de la LPCG y deje sin efectos las disposiciones urbanísticas (clasificación, ordenanzas y entorno), se superponen dos entornos formalmente distintos, pero tuitivamente amparados en la misma justificación, la protección del bien cultural.

2) Los bienes que previamente formaban parte del Inventario del Patrimonio Cultural de Galicia por figurar en las NCSPP contaban con inventario y ordenanza reguladora que fijaba un área de protección formada por una franja de 200 metros de diámetro medida desde el elemento o vestigio más exterior del bien.

En cambio, con la aprobación del PBA disponen de un nuevo entorno de 200 metros de diámetro, pero medidos desde el punto central del bien, y como consecuencia deja yacimientos de grandes dimensiones (castros o explotaciones mineras) prácticamente sin entorno efectivo de protección, a la vez que proyecta el régimen de protección del entorno sobre el propio bien al no existir una clara diferencia formal y jurídica entre entorno y bien. Obviamente, esta situación devalúa la protección previa sobre los bienes culturales¹⁵, y especialmente sobre los arqueológicos, en los que en ocasiones el entorno acaba transmutándose para convertirse en yacimiento.-

3) Podríamos pensar que los entornos del PBA son los señalados en el artículo 38 LPCG, pero tampoco parece ser el caso, ya que el PBA no distingue entre suelos urbanos o rústicos, ni tampoco se realizan las franjas desde el elemento más exterior del bien, sino que se trata de un círculo trazado desde un par de coordenadas centrales con un diámetro predeterminado según la naturaleza del bien.

Con la aprobación del PBA, aquellos bienes que forman parte del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia por la desaparición del inventario quedan sometidos a una enorme incertidumbre.

Otra cuestión sin resolver y que genera inseguridad jurídica son los BIC con entornos delimitados en instrumentos urbanísticos, ya que no en todos los casos se respetaron en el PBA, sino que pasan a tener un entorno geométrico sin tener en consideración lo estipulado en el artículo 24.3 LPCG, que establece que la delimitación o modificación del entorno de protección seguirá el mismo procedimiento previo para la declaración de bien.

Otro hándicap es que el PBA no clasifica suelo ni altera las determinaciones del planeamiento que complementa, y en relación con los bienes arqueológicos puede tener implicaciones en su conservación; piénsese en un nuevo yacimiento que aparece sobre un espacio clasificado como rústico de especial protección forestal y, una vez solicitada la autorización autonómica para un aprovechamiento forestal, venga condicionada

15 AMOEDO SOUTO, C.A., "La Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollismo", *Revista de Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 21, 2017, p. 24.

a la prohibición de determinadas actividades, como la plantación de nuevas especies o que el aprovechamiento no sea pleno; o la presencia en suelos urbanos de bienes arqueológicos cuando tiene garantizado un aprovechamiento urbanístico de la parcela abriendo la puerta a posibles supuestos indemnizatorios.

6 Conclusiones

Las características que definen al entorno son la relevancia ambiental y el carácter indisociable o inseparable con el bien, así como la tutela y el intervencionismo que ejerce la Administración sobre él. Podríamos considerar que se trata de un bien jurídico híbrido, dada la situación extravagante de este; no es un BIC ni un bien catalogado, pero puede formar parte del Catálogo del Patrimonio Cultural y está sujeto a un mayor intervencionismo que los bienes censados cuya actuación sobre ellos no está sujeta a autorización.

Existe una evidente conexión entre las normas del patrimonio cultural con otros ámbitos normativos, como el urbanístico, pero se detectan ciertas incoherencias, como sucede con el entorno de protección. En nuestra opinión, el tratamiento de los entornos es un proceso descuidado y sobre el que se ha reflexionado poco.

Los entornos de protección representados en el PBA no tienen encaje en la excepcionalidad regulada en el artículo 38 de entornos subsidiarios de la LPCG, por lo que podríamos estar ante un ámbito tutelar pero no un entorno de protección, y, dada la prevalencia de normativa sectorial sobre el PBA, los entornos del PBA serían una ficción. De forma similar, los entornos de los BIC recogidos en el PBA estarían representando otra ficción al incumplir los procedimientos fijados en la propia norma del patrimonio cultural.

Concluyendo, deberían haberse respetado las delimitaciones específicas de los bienes y de los entornos recogidos en los catálogos de los instrumentos urbanísticos o de ordenación territorial que además contaron para su aprobación definitiva con el informe favorable de la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural y, para el resto de los bienes arqueológicos, deberían fijarse criterios de ponderación en relación con su tamaño.

Bibliografía

- ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomo II. Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.R. (coord.), *Los Catálogos Urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2004.

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

AMOEDO SOUTO, C.A., “La Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollismo”, *Revista de Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 21, 2017.

AYÚS Y RUBIO, M., *Régimen jurídico de los entornos de protección de los bienes de interés cultural*, Universidad de Alicante, Departamento de Estudios Jurídicos del Estado, Alicante, 2012.

QUEROL FERNÁNDEZ, M.A., *Manual de gestión del patrimonio cultural*, Akal, Madrid, 2010.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-dецembro 2020 | pp. 459-479
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4628>
© Juan Francisco Rodríguez Ayuso
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 09/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Principio de autoría nos trámites
ante as administracións públicas:
adaptación á nova era dixital

Principio de autoría en los trámites ante las administraciones públicas: adaptación a la nueva era digital

60 Regap

Principle of authorship in
procedures with public
administrations: adapting
to the new digital era

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO

Profesor de Derecho Administrativo
Coordinador Académico del Máster Universitario en Protección de Datos
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)
<https://orcid.org/0000-0003-4721-1465>
juanfrancisco.rodriguez@unir.net

Resumo: O obxectivo principal deste estudo de investigación consiste en ofrecer unha análise sistemática do consentimento naqueles tratamentos de datos persoais de menores de idade ao abeiro do Regulamento xeral de protección de datos e da Lei orgánica de protección de datos persoais e de garantía de dereitos dixitais. En concreto, ademais de afondar no consentimento como base xurídica fundamental, disecciónanse os contornos esenciais da sinatura electrónica como instrumento máis idóneo para garantir a prestación deste consentimento, facendo especial fincapé nas singularidades que iso presenta cando as que interveñen como responsables do tratamento son as administracións públicas.

Palabras clave: regulamento xeral de protección de datos, tratamento de datos persoais, menores de idade, administracións públicas.

Resumen: El objetivo principal del presente estudio de investigación consiste en ofrecer un análisis sistemático del consentimiento en aquellos tratamientos de datos personales de menores de edad al amparo del Reglamento general de protección de datos y de la Ley orgánica de protección de datos personales y

de garantía de derechos digitales. En concreto, además de profundizar en el consentimiento como base jurídica fundamental, se diseccionan los contornos esenciales de la firma electrónica como instrumento más idóneo para garantizar la prestación de este consentimiento, haciendo especial énfasis en las singularidades que ello presenta cuando quienes intervienen como responsables del tratamiento son las administraciones públicas.

Palabras clave: reglamento general de protección de datos, tratamiento de datos personales, menores de edad, administraciones públicas.

Abstract: The main objective of this research study is to offer a systematic analysis of consent in the processing of personal data of minors under the General Data Protection Regulation and the Organic Law on the Protection of Personal Data and the Guarantee of Digital Rights. Specifically, besides studying consent in depth as a fundamental legal basis, we dissect the essential contours of the e-signature as the most suitable instrument for guaranteeing the provision of this consent, focusing on the special features that this presents when those who intervene as controllers are the Public Administrations.

Key words: General Data Protection Regulation, processing personal data, minors, Public Administrations.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Legitimación en el tratamiento de datos personales. 3 Medios de comprobación de la edad del menor para garantizar la correcta prestación de su consentimiento en el ámbito de las administraciones públicas. 3.1 Firma electrónica general. 3.2 Firma electrónica avanzada. 3.3 Firma electrónica cualificada. 4 Alusiones a los menores de edad en la normativa actual en materia de protección de datos.

1 Introducción

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE¹ (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD), regula los datos personales relativos a los menores de edad de forma novedosa, toda vez que esta cuestión no encontraba alusión específica en la normativa precedente, emanada, en gran medida, del régimen contemplado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos² (en adelante, DPDP).

A su vez, y al objeto de adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento general de protección de datos y completar sus disposiciones, surge la nueva Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales³ (en adelante, LOPDGDD), que, en virtud de su disposición derogatoria única, deroga la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales⁴ (en adelante LOPD), y el Real decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de

1 *Diario Oficial de la Unión Europea* (en adelante, DOUE), Ley 119/1, de 4 de mayo de 2016.

2 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante, DOCE), Ley 281/31, de 23 de noviembre de 1995.

3 *Boletín Oficial del Estado* (en adelante, BOE) n. 294, de 6 de diciembre de 2018.

4 BOE n. 298, de 14 de diciembre de 1999.

medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos⁵, además de cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en el RGPD y la presente LOPDGDD⁶. Esta nueva ley orgánica también se pronunciará de forma específica y relevante sobre los tratamientos especiales realizados sobre los datos personales relativos a los menores de edad.

Si atendemos a los instrumentos internacionales más relevantes, cuando hablamos de menores de edad, estamos refiriéndonos a aquellas personas físicas con edad inferior a los 18 años, toda vez que no se han emancipado desde un punto de vista legal con anterioridad a dicha edad⁷. A lo largo de los últimos años, gran parte de la doctrina⁸ se ha decantado por emplear la noción *niños, niñas y adolescentes* para hacer alusión a las personas con edad inferior a los 18 años; no obstante, a lo largo de estas páginas, utilizaremos indistintamente las nociones anteriores, al igual que las nociones *menores de edad* o, simplemente, *menor*.

También el Grupo de Trabajo del Artículo 29⁹ define a los mismos como aquellos seres humanos en el sentido exacto de la palabra (que, además, tengan menos de 18 años)¹⁰. Precisamente por ello, un menor de edad deberá disfrutar de todos los derechos que corresponden a una persona, donde se incluye, obviamente, el derecho fundamental a la protección de sus datos personales¹¹.

A este respecto, ha sido el artículo 8 RGPD el que ha incluido, por primera vez en el marco normativo comunitario, una alusión específica a la protección de datos personales de menores de edad. En este sentido, ni la directiva derogada ni la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)¹², incluían mención específica alguna al supuesto de los menores de

5 BOE n. 183, de 30 de julio de 2018.

6 Con carácter especial, el Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RLOPD) –BOE n. 17, de 19 de enero de 2008–. No obstante, este real decreto no se deroga de forma expresa, de modo que, en todo aquello que no se oponga o contradiga a lo establecido por la normativa, nacional y comunitaria, actualmente vigente, seguirá siendo plenamente aplicable.

7 ANDREU MARTÍNEZ, B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

8 HIDALGO CERREZO, A., "La protección de datos de los menores de edad. Especial referencia a sus excepciones en materia sanitaria y de educación", *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 15, 2017. PINAR REAL, A., "Tratamiento de datos de menores de edad", Piñar Mañas, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 187-204.

9 El Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT art. 29) es el grupo de trabajo europeo independiente que se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (entrada en aplicación del RGPD).

10 GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679*, 17/ES, WP260 rev.01, de 29 de noviembre de 2017.

11 DURÁN RUIZ, F.J., "El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos", Quesada Páez, A., Moreno Cordero, G., García Garnica, M.C. y Marchal Escalona, N. (dirs.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 480.

12 DOCE Ley 201/37, de 31 de julio de 2002.

edad. Más allá de ello, en España, y sobre la base de dicho precepto del RGPD, nacerán otros tantos que vendrán a explicitar el contenido, algo más genérico, del artículo comunitario; estos serán, en esencia, los artículos 7, 84 y 92, además de la disposición adicional 19^a, todos ellos, repetimos, de la nueva LOPDGDD.

De acuerdo con este precepto comunitario, que regula explícitamente las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información:

“1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.

Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño”.

Pese a que con anterioridad a la nueva normativa en materia de protección de datos personales no se incluyera una regulación específica de esta cuestión, ello no nos permite afirmar que, a lo largo de todo este intervalo de tiempo, el tratamiento de los datos personales de los niños haya estado en una situación de indefinición jurídica, toda vez que los menores de edad siempre han contado con el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales en su condición inmanente de personas físicas, personas a las que la normativa siempre se ha aplicado y aplicará, sin distinción alguna¹³. En consecuencia, los principios generales contemplados en la regulación anterior han venido siendo de aplicación a todos los casos en los que intervenían menores de edad.

Con independencia de lo anterior, huelga decir que la nueva normativa en materia de protección de datos personales será de aplicación a todos los menores de edad, sean o no de nacionalidad europea, con independencia de cuál sea su situación jurídica o legal en el ámbito de la Unión Europea¹⁴. En este sentido, el apartado primero del

13 DURÁN RUIZ, F.J., “La necesaria intervención de las administraciones públicas para la preservación del derecho fundamental a la protección de datos de los menores de edad”, Durán Ruiz, F.J. (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Editorial Comares, Granada, 2013. GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., “Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de los menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 11, 2006, pp. 71-88.

14 PALMA ORTIGOSA, A., “Ámbito de aplicación y definiciones del RGPD”, Murga Fernández, J.P., Fernández Scagliusi, M.Á. y Espejo Lerdo de Tejada, M. (dirs.), *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía*, Editorial Reus, Madrid, 2018, pp. 25-38.

artículo 4 RGPD¹⁵, al hacer alusión al concepto de interesado, no establece distinción o diferenciación alguna en atención a la nacionalidad o situación en que se encuentre la persona física objeto de análisis; esto, en el caso concreto que ahora analizamos, presenta una importancia específica si atendemos a las situaciones, cada vez más frecuentes, de menores de edad procedentes de territorios no comunitarios, aspecto este de gran relevancia, si bien se sitúa fuera del alcance de este estudio.

En cualquier caso, concluiremos diciendo que, como tendremos ocasión de analizar, aunque tanto el RGPD como la nueva LOPDGDD incluyan preceptos relacionados con el tratamiento de datos personales de menores de edad, son numerosas las alusiones efectuadas a niños al analizar otros asuntos. Estas alusiones encuentran su justificación toda vez que dichos preceptos no persiguen realizar una regulación íntegra del tratamiento de datos personales relativos a menores (motivo por el cual es necesario integrar las previsiones de este artículo con el resto de la normativa en materia de protección de datos personales), sino que, únicamente, aborda un análisis de aquellas condiciones que resultan de aplicación al consentimiento de los menores de edad y siempre que este se produzca en el ámbito concreto de los servicios de la sociedad de la información¹⁶.

2 Legitimación en el tratamiento de datos personales

El artículo 8 RGPD regula las condiciones que resultan aplicables al consentimiento del menor de edad en relación con los servicios de la sociedad de la información como base jurídica para el tratamiento de los datos personales que le corresponden.

Este precepto dispone que, cuando el consentimiento esté relacionado con la realización de una oferta directa a menores de edad de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales del niño será legítimo siempre y cuando este tenga una edad superior a los 16 años. Si el menor de edad tiene menos de esta edad, dicho tratamiento tan solo se considerará legítimo si el consentimiento en que se basa fue prestado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor de edad y únicamente en la medida en que se dio o autorizó. En cualquier caso, esto no afectará a las disposiciones generales del derecho que rige los contratos en los países integrantes de la Unión Europea, tales como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con los menores de edad.

Por lo demás, este artículo otorga a los Estados miembros la facultad de modificar esta edad mínima a través de una ley interna, siempre y cuando la misma no sea inferior a los 13 años. Al amparo de esta previsión, nace el artículo 7 de la nueva

15 De acuerdo con este apartado, interesado será:

"[...] persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona". Por tanto, el interesado será el titular de los datos personales objeto de tratamiento.

16 DE LAS HERAS VIVES, L. y BONMATÍ SÁNCHEZ, J., "Consentimiento de los menores de edad"; Arenas Ramiro, M. y Ortega Giménez, A. (dirs.), *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 73-77.

LOPDGDD (además de artículos como el 84 o el 92, así como la disposición adicional decimonovena), que altera esta edad mínima, en términos generales, a 14 años¹⁷ y lo hace en las siguientes condiciones:

“1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”.

Un aspecto importante es qué ha de entenderse por *servicios de la sociedad de la información*. Al contrario de lo que pudiera pensarse, el texto normativo encargado de proporcionar una definición de servicios de la sociedad de la información no es aquel que regula su objeto. En efecto, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva sobre el Comercio Electrónico o DCE)¹⁸, en su artículo 2.a), efectúa una remisión al apartado segundo del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas¹⁹, modificada, a su vez, por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 98/34/CE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas²⁰.

De acuerdo con este precepto, será servicio de la sociedad de la información:

“[...] todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

Se entenderá que es *a distancia* aquel servicio que sea prestado sin que las partes se hallen presentes de manera simultánea, es decir, sin la presencia física sincrónica de la persona que presta el servicio de la sociedad de la información (prestadores de servicios de la sociedad de la información) y su destinatario (destinatarios de servicios de la sociedad de la información); *por vía electrónica*, cuando sea enviado desde la fuente y recibido por el destinatario de servicios de la sociedad de la información mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe íntegramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético²¹, y *a petición*

17 No obstante, en la Propuesta inicial de LOPDGDD la edad mínima prevista era de 13 años.

18 DOCE, Ley 178/1, de 17 de julio de 2000.

19 DOCE, Ley 204/37, de 21 de julio de 1998.

20 DOCE, Ley 217/18, de 5 de agosto de 1998.

21 PLAZA PENADÉS, J., “La Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, Plaza Penadés, J., Vázquez de Castro, E., Guillén Catalán, R. y Carbajo Cascón, F. (coords.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 43-102.

individual de un destinatario de servicios, cuando sea este quien solicite que el servicio le sea prestado. Por último, el servicio de la sociedad de la información tendrá carácter **oneroso** cuando ambas partes intervinientes obtengan algo de manera recíproca, es decir, cuando tanto los prestadores de servicios de la sociedad de la información como los destinatarios de servicios de la sociedad de la información realicen una prestación a favor de la otra parte²².

Pese a esta última afirmación, conviene tener presente el contenido del considerando 18 DCE, que aclara que los servicios de la sociedad de la información no cubren únicamente aquellos servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino que, en la medida en que representen una actividad económica, serán extensivos igualmente a servicios que no son remunerados por sus destinatarios. En opinión de algunos autores, es esta naturaleza onerosa de la prestación una nota esencial, ya que lo que se incluye es toda actividad desarrollada por vía electrónica y que tenga un significado económico, más allá de que sea el usuario final, o no, el que deba pagar el servicio de que se trate²³.

De este modo, se habrán de entender incluidos dentro de la noción de prestadores de servicios de la sociedad de la información a todos aquellos que obtengan ingresos económicos como consecuencia del servicio, ya sea directamente (como es el caso de los servicios remunerados por sus destinatarios) o indirectamente (a través de la inclusión de publicidad o como consecuencia de la explotación de datos personales de los usuarios que se registran para acceder al servicio). Quedarían fuera, por contra, todos los demás supuestos en los que quepa apreciar una ausencia total de actividad económica, como suele ocurrir con las páginas o blogs de carácter personal, que deberán ser excluidos del régimen jurídico específico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En nuestro ordenamiento jurídico interno y en términos prácticamente idénticos, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico²⁴ (en adelante, LSSICE), ha optado también por incluir, en el apartado a) de su anexo, una definición de servicios de la sociedad de la información. Todos estos servicios, afirma el legislador español, se caracterizarán por cuatro aspectos esenciales que han de concurrir acumulativamente: ser prestados a distancia, por vía electrónica, previa petición individual del destinatario de servicios de la sociedad de la información y, al menos habitualmente, a título oneroso. Y es aquí donde, con base en la exposición de motivos, el apartado tercero incluye, dentro del concepto de servicios de la sociedad de la información, al comercio electrónico, en el cual se integrarían dos actividades fundamentales que agrupan al resto: de un lado, el envío de comunicaciones comerciales previas a la contratación, que agrupa el suministro de información vía telemática, y, de otro, la contratación electrónica propiamente dicha, en la cual se subsume tanto la organización y gestión de subastas por medios

22 ALEMÁN MONTERREAL, A., "La protección de datos de menores en el ámbito sanitario: ¿discriminación necesaria?", *Actuación Civil*, n. 19, 2011.

23 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Editorial Bosch, Barcelona, 2018.

24 BOE n. 166, de 12 de julio de 2002.

electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales como la gestión de compras en la Red por grupos de personas. Los medios a través de los cuales podrá canalizarse esta contratación serán, entre otros, el correo electrónico, la página web, la videoconferencia o el chat.

A ellos habrían de añadirse, como veremos, aquellos servicios de la sociedad de la información de intermediación relativos a la provisión de acceso a la Red (*Internet service providers*), los que permiten la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones (*mere conduit o routing*), los concernientes a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios (*proxy caching o memoria tampón*), los que posibilitan el alojamiento, en los propios servidores, de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros (*hosting*), los que proveen instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet (*searching and linking*), los que hacen posible tanto la creación, verificación y validación de firmas electrónicas, sellos electrónicos, sellos de tiempo electrónicos, servicios de entrega electrónica certificada, certificados relativos a estos servicios y certificados para la autenticación de sitios web como la preservación de firmas, sellos o certificados electrónicos relativos a estos servicios (*trust services* –servicios de la sociedad de la información de intermediación–) o cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (como la descarga de archivos o audio), siempre que representen una actividad económica para los prestadores de servicios de la sociedad de la información de intermediación:

Así las cosas, y volviendo al consentimiento del menor de edad, el Reglamento general de protección de datos hace una distinción entre los siguientes posibles supuestos²⁵:

1) Aquellos casos en que el menor de edad tiene menos de 18 años y más de 16 años, en cuyo caso podrá otorgar su consentimiento, de tal manera que, de prestarlo, el tratamiento que de sus datos personales realice el responsable del tratamiento será legítimo.

2) En aquellos supuestos de menores de edad de menos de 16 años, estos no podrán prestar de un modo válido su consentimiento. En estos casos, el consentimiento en su nombre deberá prestarlo el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor de edad.

3) En tercer lugar, aquellos casos de menores de menos de 16 años y mayores de 13 años, quienes estarán facultados para prestar su consentimiento de un modo válido si así lo establecen los Estados miembros a nivel interno, como sucede en nuestro país, al amparo, repetimos, del artículo 7 de la nueva LOPDGDD.

4) Por último, los niños que tengan menos de 13 años, quienes en ningún caso estarán habilitados para poder prestar su consentimiento de un modo válido conforme a la ley para el tratamiento de sus datos personales, ni siquiera en el supuesto en el que la ley nacional de un Estado miembro de la Unión Europea lo implantara, ya que esta previsión se entendería contraria a lo establecido en el apartado segundo del artículo 8 RGPD.

25 BRITO IZQUIERDO, N., "Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos", *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 14, 2017, pp. 17-31.

Pese a todo lo anterior, debemos tener siempre presente que, con carácter general, prevalecerá el interés superior del menor. Ello quiere decir que, en supuestos de conflicto (por ejemplo, en aquellos casos en los que el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor de edad preste su consentimiento en nombre del niño interesado para un tratamiento de los datos personales que es claramente pernicioso para los intereses del menor), habrán de habilitarse aquellos mecanismos contemplados en cada Estado miembro para proteger el interés, repetimos, superior, del niño²⁶.

En cualquier caso, echamos de menos en este artículo 8 RGPD alguna previsión en relación con el consentimiento prestado por el menor de edad o por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño cuando no estemos ante un supuesto de oferta de un servicio de la sociedad de la información, como sí hace el artículo 7 LOPDGDD. En este caso, deja la duda de si podría aplicarse para estos supuestos también el contenido de este precepto o no, y, en este último caso, qué respuesta podría darse, si análoga o no, a lo que dispone dicho artículo 8 RGPD, duda que desaparece con la entrada en vigor de la LOPDGDD.

En cualquier caso, en nuestra opinión, no parece ser voluntad del legislador comunitario dejar al margen todos aquellos supuestos que puedan concurrir y que respondan a un consentimiento del menor, al margen de una oferta de servicios de la sociedad de la información²⁷. Es verdad que hubiera sido muy recomendable que, en el contenido específico del artículo 8 RGPD, se hubiera hecho constar esta circunstancia, si bien, como decíamos, por extensión o aplicando una regla de analogía a dicho contenido, podríamos entender aplicable el artículo 8 RGPD a situaciones semejantes. En definitiva, a pesar de que la nueva normativa en materia de protección de datos personales aluda de un modo específico tan solo a los servicios de la sociedad de la información, no resultaría adecuado entender que, con ello, se estarían quedando fuera del marco regulador otros tantos supuestos, ciertamente semejantes y necesitados también de regulación.

Tampoco se incluye el supuesto que nos permita saber qué sucede con el consentimiento cuando es prestado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño en un momento anterior a que este alcance la mayoría de edad, cuando este, inmediatamente después, la supere. Desconocemos, salvo que realicemos una labor interpretativa, qué sucedería con este consentimiento, es decir, si sería necesario volver a recabar el consentimiento, esta vez directamente del menor, o sería posible prorrogar los efectos del consentimiento manifestado por el titular de la tutela o patria potestad sobre el que, por entonces, era niño. No obstante, entendemos que lo lógico sería volver a recabar el consentimiento, ya del interesado, para poder seguir tratando sus datos personales²⁸.

26 ESCOBAR ROCA, G., *Informe 2016. Tema monográfico: la protección de datos de los menores de edad*, Editorial Trama, Madrid, 2017.

27 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2019.

28 BRITO IZQUIERDO, N., "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", *Actualidad Civil*, n. 5, 2018.

3 Medios de comprobación de la edad del menor para garantizar la correcta prestación de su consentimiento en el ámbito de las administraciones públicas

Una cuestión que no puede pasar desapercibida si analizamos todas las circunstancias que rodean el tratamiento de los datos personales relativos a menores de edad, como categorías especiales de interesados que son, es la manera que tiene el responsable del tratamiento de procurar la verificación de la edad del niño para poder corroborar así la prestación del consentimiento, ya sea por este o por quienes ejercen su patria potestad o tutela. Como fácilmente se puede advertir, esta situación plantea serias dificultades en un contexto como el actual, fuertemente imbricado en la precitada sociedad de la información, donde no se produce la presencia física del menor y, por ende, es ciertamente difícil comprobar su edad.

En este sentido, el artículo 8.2 RGPD, que volvemos a suscribir por su importancia a estos efectos, establece que “[...] el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”. Esta indicación parece aludir a los menores de edad con una edad inferior a los 16 años, siendo necesario, en estos casos, que el consentimiento sea prestado o autorizado por quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el menor de edad y solamente en la medida en que este consentimiento fue prestado o autorizado. Además, indica el precepto, el esfuerzo llevado a cabo por el responsable del tratamiento deberá ser razonable, siendo este un concepto jurídico indeterminado que podrá ser matizado dependiendo del supuesto específico.

En nuestro país, en 2010, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) emitió un informe²⁹ en el que establecía que la normativa por entonces vigente en España (LOPD/RDLOPD) no establecía un procedimiento específico que hubiera de ser seguido por el responsable del tratamiento para poder verificar la edad del niño y la consecuente autenticidad del consentimiento prestado por los padres, tutores o representantes legales del menor, otorgando libertad al responsable del tratamiento para poder emplear el procedimiento que estimase oportuno. En este sentido, algunos autores³⁰ consideran que este deber del responsable del tratamiento se traduce en una obligación de hacer y no en una obligación de resultado, de modo que, si el responsable del tratamiento articula los procedimientos que estime oportunos, los documenta de un modo pertinente y verifica de modo efectivo su cumplimiento, sobre él no podrá recaer responsabilidad alguna derivada, por ejemplo, de que el niño hubiera falsificado su Documento Nacional de Identidad o hubiera fotocopiado el del titular de la patria

29 Agencia Española de Protección de Datos, 2010.

30 CUADRA CHIONG, M.M., “La protección de datos personales de los menores de edad”, *Anuario de justicia de menores*, n. 13, 2013, pp. 515-516. GONZÁLEZ MADRID, C., “Los datos de menores en el ámbito de la educación”, *Datospersonales.org: la revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n. 2, 2003, pp. 1-16.

potestad o tutela sin el consentimiento de este³¹. No obstante, se antoja ciertamente favorable, en aras de cumplir de un modo más adecuado y satisfactorio con el principio de responsabilidad proactiva impuesto por el RGPD, que el procedimiento establecido por los responsables del tratamiento sea razonable a la hora de comprobar la identidad del menor de edad, requiriendo, preferiblemente, su firma electrónica.

La firma electrónica, regulada en la actualidad, con carácter esencial y a nivel comunitario, en el Reglamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE³² (en adelante, Reglamento eIDAS o RIE-SCTE), así como, a nivel nacional, en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (en adelante, LFE)³³, resulta un instrumento especialmente adecuado para poder acreditar el consentimiento a que venimos haciendo referencia. A continuación, analizamos la firma electrónica desde una perspectiva legal (más concretamente, las firmas electrónicas, un total de tres, determinantes de cada una de las tres clases recogidas por la normativa nacional y comunitaria), sobre todo cuando el tratamiento se produce en el ámbito de las administraciones públicas, especialmente sensibilizadas tras la entrada en vigor de la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas³⁴ (en adelante, LPACAP)³⁵.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3.1 Firma electrónica general

El artículo 3.10) RIE-SCTE define de forma general la firma electrónica como “[...] los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar”, o, lo que es lo mismo, cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención de firmar, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de la firma autógrafa. La referencia a su utilización con la intención de firmar se corresponde con la nueva regulación de otros servicios electrónicos de confianza que responden a fines diferentes.

Esta definición pone de manifiesto la intención del legislador comunitario de regular las firmas electrónicas en sentido amplio, sin perjuicio de disciplinar con más detalle modalidades específicas a las que, de manera gradual, atribuye una especial eficacia jurídica (por orden ascendente, como veremos, firmas electrónicas avanzadas y firmas electrónicas cualificadas). Asimismo, se trata de un concepto

31 GARCÍA HERRERA, V., “El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 20, 2018, pp. 62-71.

32 DOUE, Ley 257/73, de 28 de agosto de 2014.

33 BOE n. 304, de 20 de diciembre de 2003.

34 BOE n. 236, de 2 de octubre de 2015.

35 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., “Servicios de confianza en materia de transacciones electrónicas: el nuevo Reglamento europeo 910/2014”, Pérez Gallardo, L.B. (coord.), *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pp. 133-162.

tecnológicamente indefinido³⁶ (principio de neutralidad tecnológica), ya que no se refiere a ninguna tecnología específica (criptografía, *passwords*, etc.) a través de la cual se deba firmar, si bien es cierto que será la criptografía asimétrica propia de la firma digital la que, de manera velada, presida el conjunto de la norma. Por lo demás, los datos que integran la firma electrónica podrán formar parte del documento electrónico o ir asociados formalmente con ellos, apareciendo como un conjunto independiente. Ahora bien, este modo, integrado o separado, en que, en su caso, se manifieste la firma electrónica dependerá del sistema técnico seleccionado y de las aplicaciones prácticas con que cuente cada modalidad.

De acuerdo con esta noción general, firma electrónica podría ser, en términos contractuales, cualquier conjunto de datos basado en medios electrónicos utilizado por el firmante con la intención de firmar, sin especificar (en un intento, considero, por dejar abierta la firma electrónica a cuantas finalidades le permitan los sucesivos avances tecnológicos) el fin perseguido al hacerlo. Se incurre, de este modo, en una especie de redundancia un tanto incomprensible, que lleva a definir la firma electrónica general como aquella que utiliza el firmante para firmar.

En este punto, el Reglamento eIDAS se separa de la definición recogida por su precedente, que, proporcionando un concepto de firma electrónica simple³⁷ (no general), circunscribía el fin común perseguido por toda firma electrónica a servir como medio de autenticación^{38,39}. Y ello en una redacción, en principio, discutible^{40,41} y generadora de confusión, ya que, por ser esta fase de autenticación posterior a la de identificación propiamente dicha, hubiera sido mejor optar por esta última⁴². Tampoco se aclara qué

36 MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2004, p. 74.

37 VALERO TORRIJOS, J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Las bases jurídicas de la modernización tecnológica en las Administraciones públicas", Plaza Penadés, J. (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 479-544.

38 CRUZ RIVERO, D., "Las definiciones de firma electrónica en el Real decreto-ley 14/1999, sobre firma electrónica, y el Proyecto de Ley de firma electrónica", Davara Rodríguez, M.Á. (coord.), *XVIII Encuentros sobre Informática y Derecho, 2003-2004*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2014, pp. 127 a 136.

39 De acuerdo con este precepto, por firma electrónica se entenderán aquellos "[...] datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación". El origen del empleo de este término por la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica –DOCE Ley 13/12, de 19 de enero de 2000– (en adelante, DFE) se remite directamente al concepto anglosajón *authentication*, concebido como la esencia del acto de la firma, el acto de suscripción del documento.

40 CRUZ RIVERO, D., *La firma electrónica reconocida: análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid, 2015. ALAMILLO DOMINGO, I., "Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos", Fernández Ramos, S., Valero Torrijos, J. y Gamero Casado, E. (dirs.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 675-768.

41 No lo entiende así, en cambio, este autor, quien sostiene que, a diferencia de la *identificación*, el empleo del término *autenticación* denota una actuación consciente de suscribir una declaración. Por su parte, Alamillo Domingo concluye, en una interpretación amplia de ambos preceptos (comunitario y nacional), que, con carácter general, la DFE y la LFE "[...] permiten el empleo, como sistema de firma electrónica, de cualesquiera mecanismos de identificación/autenticación, siempre que los mismos resulten apropiados para el contexto de la operación de que se trate, y que sólo se podrían considerar excluidos de la definición legal aquellos sistemas técnicamente diseñados para ser anónimos".

42 El artículo 3.1) RIE-SCTE define la identificación electrónica como el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona [es decir, el conjunto de datos que permite establecer la identidad de una persona física o jurídica, o de una persona física que representa a una persona jurídica –artículo 3.3)–] en formato electrónico, siendo estos los datos que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica.

ha de entenderse por *autenticación* y por *identificación*, lo que nos sitúa ante un concepto jurídico indeterminado susceptible de generar interpretaciones radicalmente distintas⁴³.

Comoquiera que sea, lo cierto es que, con esta nueva redacción, la norma europea genera una confusión en nada desdeñable. En efecto, si con la normativa anterior quedaba delimitado el mínimo que debía cumplir toda firma electrónica para ser considerada como tal a efectos jurídicos (identificación del firmante de un mensaje de datos o autenticación o acreditación de dicha identificación), el RIE-SCTE, pese a la plausible intención presumiblemente perseguida, imposibilita al jurista la concreción del elemento que, satisfecho, permita saber cuándo nos hallamos en presencia de una firma electrónica, por básica o elemental que sea. En consecuencia, dentro de esta definición tendrían cabida procedimientos múltiples de firma, algunos tan complejos como la firma digital basada en la criptografía asimétrica o la firma configurada sobre la base de sistemas biométricos como el iris, la palma de la mano o la huella dactilar y otros tan simples como la plasmación del nombre u otro elemento identificativo incluido al final de un mensaje electrónico, la firma manuscrita digitalizada o la existencia de una pregunta-respuesta y un PIN de acceso⁴⁴. Resultado de lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que, si el fin perseguido es generar certidumbre en quienes se hallen sujetos y afectados directa o indirectamente por la norma, sería más adecuado reformular el concepto actual de firma electrónica general y reconducirlo, con matices, al tradicional de firma electrónica simple, en una suerte de definición, siquiera algo más clarificadora o completa, que podría quedar como sigue: *la firma electrónica es el conjunto de datos en formato electrónico, anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, que son utilizados, al menos, como medio de identificación del firmante.*

3.2 Firma electrónica avanzada

Elevando las exigencias de calidad y de seguridad de la firma electrónica, el artículo 3.11) RIE-SCTE introduce el concepto de firma electrónica avanzada, entendiendo por tal “[...] la firma electrónica que cumple los requisitos contemplados en el artículo 26”.

Estos requisitos, adición a este último precepto, son los siguientes:

- a) estar vinculada al firmante de manera única;
- b) permitir la identificación electrónica del firmante^{45,46} (menor de edad o titular de la patria potestad para, en el caso que nos ocupa, prestar el consentimiento a tratamientos en los que el responsable del tratamiento es la Administración pública);

43 ALAMILLO DOMINGO, I., “Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, Fernández Ramos, S., Valero Torrijos, J. y Gamero Casado, E. (dirs.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 675-768.

44 BUONOMO, G. y MERONE, A., “La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)”, *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, n. 1, 2013, pp. 12-22. VATTIER FUENZALIDA, C., “De nuevo sobre el régimen legal de la firma electrónica: estudio del Anteproyecto de 26 de junio de 2002”, *Actualidad Civil*, n. 1, 2003, pp. 137-152.

45 GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, L., “Estudio de la Directiva y del Real decreto-ley de 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica”, Mateu de Ros Cerezo, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M. (coords.), *Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 207-260.

46 Cabe plantearse si esta alusión añade algún matiz distintivo a la firma electrónica avanzada respecto de la firma electrónica simple, que, como sabemos, también permite la identificación del firmante. A favor de esta tesis, el autor referenciado.

c) haber sido creada empleando datos de creación de firma electrónica que el firmante puede utilizar para la creación de una firma electrónica, con un alto nivel de confianza^{47, 48}, bajo su control exclusivo, y

d) estar vinculada con los datos firmados por esta de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable.

Obsérvese que con las tres primeras exigencias (vinculación única al signatario, identificación del mismo y creación por medios bajo su exclusivo control) se persigue garantizar la identificación autenticada del autor y evitar el rechazo en origen de los mensajes de datos; en cambio, con la última (vinculación a los datos que permite detectar cualquier alteración ulterior), se pretende salvaguardar la integridad de los documentos electrónicos.

3.3 Firma electrónica cualificada

Por último, el artículo 3.12) RIE-SCTE define la firma electrónica cualificada (introduciendo una nueva denominación a nivel comunitario de aquello que, ya desde la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, se conocía en España como *firma electrónica reconocida*) como la “[...] firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica”.

Más que una nueva modalidad, la firma electrónica cualificada constituye un nuevo tipo de firma electrónica avanzada que, acompañada de determinados elementos que le imprimen una mayor seguridad (dispositivo cualificado de creación de firma electrónica, de una parte, y certificado cualificado de firma electrónica, de otra), tendrá “[...] un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita” (artículo 25.2 RIE-SCTE). Por esta razón, se ve investida de un nuevo *nomen iuris*, con la finalidad de singularizarla de aquella otra que, por no haber sido creada mediante un dispositivo cualificado de creación de firma electrónica o por no basarse en un certificado cualificado de firma electrónica (o por no cumplir ninguno de estos dos requisitos), no tendrá efectos legales equiparables, en términos de validez y eficacia, a los de la firma autógrafa, integrándose bajo el nombre de firma electrónica avanzada. Esta última, al igual que la firma electrónica simple y que la firma electrónica avanzada basada en un certificado electrónico cualificado, no se verá privada de efectos jurídicos ni de admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales por el mero hecho de que esté en forma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada (art. 25.1 RIE-SCTE), debiéndose valorar, en todo caso, cuál es la eficacia que tienen, algo que en ocasiones puede ser complejo y costoso.

47 DÍAZ MORENO, A., “Concepto y eficacia de la firma electrónica en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, n. 2, 2013, pp. 10-32.

48 Con la expresión “[...] puede utilizar, con un alto nivel de confianza”, el RIE-SCTE se aproxima a la DFE y a la LFE (y se aleja del RDLFE, que eliminaba toda probabilidad al respecto), algo que consideramos acertado, ya que la vinculación entre la firma y el firmante es una vinculación probable, condicionada a los medios técnicos; así también, el autor Díaz Moreno.

Es esta mayor seguridad jurídica la que justifica que el artículo 10 LPACAP, entre los sistemas de firma admitidos por las administraciones públicas, considere preferente la firma electrónica cualificada, de modo que, de acuerdo con el apartado segundo de dicho precepto:

“En el caso de que los interesados optaran por relacionarse con las administraciones públicas a través de medios electrónicos, se considerarán válidos a efectos de firma:

a) Sistemas de firma electrónica cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación»”.

4 Alusiones a los menores de edad en la normativa actual en materia de protección de datos

Tal y como indicamos en páginas anteriores, son varias las referencias que, a lo largo de la nueva normativa comunitaria en materia de protección de datos personales, se realizan a los menores de edad. Más concretamente, estas referencias se contienen en los considerandos 38, 58, 65 y 75, además de en la letra f) del apartado primero del artículo 6, el apartado primero del artículo 12, la letra g) del apartado segundo del artículo 40 y la letra b) del apartado primero del artículo 57, todos ellos del Reglamento general de protección de datos. Por su parte, también se aportarán aspectos relativos a los menores de edad en los artículos 84 y 92, además de en la disposición adicional 19^a, todos ellos de la nueva Ley orgánica de protección de datos.

En la primera de estas referencias, el considerando 38 RGPD, se encuentra, al final, una excepción al consentimiento prestado por quien ejerce la patria potestad o tutela sobre el niño. De acuerdo con este considerando, el consentimiento prestado por el titular de la patria potestad o tutela no habrá de ser indispensable en el marco de servicios de carácter preventivo o de asesoramiento, propuestos de un modo directo a los menores de edad.

Por su parte, conectado de un modo inmanente al principio de transparencia del artículo 5.1.a) RGPD⁴⁹, se encuentra el considerando 58 RGPD, que, al analizar el conjunto de circunstancias que habrán de ser informadas a los interesados, contempla que, cuando esta información abarque tratamientos que aluden a menores de edad, será necesario que se les proporcione esta información en un lenguaje claro y sencillo, que resulte accesible al niño.

En tercer lugar, el considerando 65 RGPD, refiriéndose al derecho de supresión, contempla el supuesto del consentimiento, en su día, prestado por el menor de edad y que, con carácter ulterior, pretende ser suprimido por este. En este contexto, indica dicho considerando que el interesado habrá de poder contar con esta facultad aun

49 TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia administrativa y protección de datos personales”, Troncoso Reigada, A. (coord.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales: celebrado el día 28 de octubre de 2008 en la Real Casa de Correos de Madrid*, Editorial Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008, pp. 23-188.

cuando, en el momento de ejercitar el derecho precitado, ya hubiera alcanzado los 18 años de edad.

Un último análisis en lo que a los considerandos de la normativa comunitaria sobre protección de datos se refiere nos lleva a analizar el considerando 75 RGPD. Una de las novedades que incorpora el RGPD es la perspectiva del riesgo, en virtud de la cual será necesario realizar un análisis de riesgos previo al tratamiento para poder determinar el conjunto de medidas de seguridad adecuadas a ese tratamiento. En este sentido, el citado considerando establece una serie de aspectos que pueden conllevar situaciones de riesgo en relación con el tratamiento de los datos personales del interesado, aludiendo, entre estas situaciones o aspectos concretos, a aquellos tratamientos que afecten a personas especialmente vulnerables, en particular a menores de edad. Ello guarda relación con lo dispuesto en el artículo 9 RGPD, que regula el tratamiento de categorías especiales de datos personales (datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física), donde, pese a lo dispuesto anteriormente, no se realiza alusión alguna a los datos personales relativos al niño, lo que nos lleva a afirmar que los datos personales de menores de edad no tendrán la consideración de categorías especiales de datos personales, con independencia de que este tipo de tratamientos se halle sujeto a determinadas especificidades que buscan proteger con mayor intensidad los derechos que corresponden a esta categoría especial de interesados. Ello nos permitiría afirmar que, conectado con el artículo 24 RGPD (que regula la responsabilidad del responsable del tratamiento –en este caso, las administraciones públicas–), será precisa la adopción de medidas técnicas y organizativas adecuadas para proteger, cumplir y poder demostrar el cumplimiento del tratamiento realizado sobre los datos personales de menores de edad.

En cuanto a los artículos, el primero de ellos es el artículo 6 RGPD, cuya letra f), ubicada en su apartado primero, alude al tratamiento imprescindible para poder satisfacer intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento, siendo, en estos casos, necesario que tales intereses legítimos nunca predominen sobre los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que exijan garantizar sus datos personales, en especial en aquellos casos en que estemos en presencia de menores de edad⁵⁰. En definitiva, el responsable del tratamiento podrá legitimar el tratamiento que realice de los datos personales del interesado, incluso cuando este sea un niño, con base en el interés legítimo perseguido, siempre que este interés legítimo nunca prevalezca sobre aquel que corresponde al interesado, en especial cuando el interesado sea una persona especialmente vulnerable, como puede ser un menor de edad.

50 FERNÁNDEZ SAMANIEGO, J. y FERNÁNDEZ LONGORIA, P., “El interés legítimo como principio para legitimar el tratamiento de datos”, Rallo Lombarte, A. (coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 169-196.

Sin embargo, y en lo que aquí nos interesa, esta base jurídica encuentra una excepción en aquellos casos en que el tratamiento sea realizado por autoridades públicas en el desempeño de las funciones que le son propias. En este caso, se entiende que, aun tratándose de menores de edad, podría no operar la salvaguarda de protección prevista en el inciso final del artículo 6.1.f) RGPD, de modo que, cuando el responsable del tratamiento sea una autoridad pública y esté desempeñando las funciones que le corresponden, prevalecerá el interés legítimo perseguido por dicha autoridad en lugar del interés legítimo del interesado, en este caso, del menor de edad.

En segundo lugar, se encuentra el apartado primero del artículo 12 RGPD, que regula la transparencia a la hora de proporcionar información acerca de las circunstancias que rodean el tratamiento de los datos personales y los derechos que corresponden al interesado. Pues bien, este apartado dispone que la información a facilitar al interesado habrá de ser especialmente concisa, transparente, inteligible, de fácil acceso y con un lenguaje claro y sencillo cuando el interesado sea un menor de edad.

En tercer lugar, la letra g) del apartado segundo del artículo 40 RGPD, conectado con el punto anterior, establece que la información a suministrar a los menores de edad y la protección que sobre ellos habrá de recaer, así como el modo de recabar el consentimiento de quienes ejercen como titulares de la patria potestad o tutela sobre el menor, constituyen aspectos que el Reglamento general de protección de datos busca incorporar en los códigos de conducta que, de conformidad con dicho precepto, habrán de promover los distintos países que integran la Unión Europea, las autoridades de control, el Comité y la Comisión.

Por último la letra b) del apartado primero del artículo 57 RGPD, al hablar de las funciones que corresponden a la autoridad de control, establece que, con independencia de cualesquiera otras que se les atribuyen en otros apartados de la normativa en materia de protección de datos personales, habrán de ser un total de 22, de entre las cuales se incluye una segunda, que hace especial referencia a la atención que habrá de mostrarse en aquellas actividades encaminadas de modo específico a los menores de edad con efecto de facilitar su mejor sensibilización y comprensión en torno a los riesgos, normas, garantías y derechos relacionados con el tratamiento de sus datos personales⁵¹.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico interno encontramos, en primer lugar, el artículo 84 LOPDGDD, que establece que los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información, con el objetivo de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. De igual modo, la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la

51 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2020.

Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil⁵².

Por su parte, el artículo 92 LOPDGDD añade que:

“Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información. Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes, deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica”.

Por último, la disposición adicional decimonovena LOPDGDD concluye indicando que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre estos es ejercida mediante las nuevas tecnologías.

En definitiva, como hemos podido observar en las líneas anteriores, son numerosas las alusiones y referencias que, en orden a proteger los derechos y libertades del interesado menor de edad, se establecen en la nueva normativa en materia de protección de datos personales, otorgando y garantizando una mejor conservación a esta categoría especial de interesados.

De todo ello se deduce la necesidad, por parte de las instituciones comunitarias, de proteger los datos personales de los menores de edad por medio de la aplicación de una serie de principios que habrán de estar vigentes a la hora de obtener los datos personales correspondientes a este grupo de interesados:

a) Los niños no podrán proporcionar información personal relativa a otros interesados.

b) Para poder realizar transferencias de datos personales correspondientes a menores de edad a terceros países u organizaciones internacionales, será preciso recabar el consentimiento explícito y demostrable de quienes ejercen la patria potestad o tutela sobre el niño, que, como hemos visto, habrá de realizarse por medio de instrumentos que garanticen de forma segura la prestación de este, en especial, la firma electrónica.

c) Está prohibido inducir a los menores de edad al proporcionar información de carácter personal a través de la consecución de premios o alicientes semejantes.

d) Será necesario acotar temporalmente la validez del consentimiento prestado por quienes ejercen la patria potestad o tutela sobre el niño.

52 BOE n. 15, de 17 de enero de 1996.

Bibliografía

- ALAMILLO DOMINGO, I., “Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, Fernández Ramos, S., Valero Torrijos, J. y Gamero Casado, E. (dirs.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ALEMÁN MONTERREAL, A., “La protección de datos de menores en el ámbito sanitario: ¿discriminación necesaria?”, *Actualidad Civil*, n. 19, 2011.
- ANDREU MARTÍNEZ, B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ARIAS POU, M., *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Las Rozas, 2006.
- BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 14, 2017.
- BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales”, *Actualidad Civil*, n. 5, 2018.
- BUONOMO, G. y MERONE, A., “La scrittura privata informatica: firme elettronica, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012)”, *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, n. 1, 2013.
- CRUZ RIVERO, D., “Las definiciones de firma electrónica en el Real Decreto-ley 14/1999, sobre firma electrónica, y el Proyecto de Ley de firma electrónica”, Davara Rodríguez, M.Á. (coord.), *XVIII Encuentros sobre Informática y Derecho*, 2003-2004, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2014.
- CRUZ RIVERO, D., *La firma electrónica reconocida: análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- CUADRA CHIONG, M.M., “La protección de datos personales de los menores de edad”, *Anuario de justicia de menores*, n. 13, 2013.
- DE LAS HERAS VIVES, L. y BONMATÍ SÁNCHEZ, J., “Consentimiento de los menores de edad”, Arenas Ramiro, M. y Ortega Giménez, A. (dirs.), *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019.
- DÍAZ MORENO, A., “Concepto y eficacia de la firma electrónica en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, n. 2, 2013.
- DURÁN RUIZ, F.J., “La necesaria intervención de las administraciones públicas para la preservación del derecho fundamental a la protección de datos de los menores de edad”, Durán Ruiz, F.J. (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Editorial Comares, Granada, 2013.
- DURÁN RUIZ, F.J., “El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos”, Quesada Páez, A., Moreno Cordero,

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- G., García Garnica, M.C. y Marchal Escalona, N. (dirs.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- ESCOBAR ROCA, G., *Informe 2016. Tema monográfico: la protección de datos de los menores de edad*, Editorial Trama, Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ SAMANIEGO, J. y FERNÁNDEZ LONGORIA, P., “El interés legítimo como principio para legitimar el tratamiento de datos”, Rallo Lombarte, A. (coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GARCÍA HERRERA, V., “El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 20, 2018.
- GARCÍA MÁZ, F.J., “El documento público electrónico (1)”, Escolano Navarro, J.J. (coord.), *Nuevas tecnologías en la contratación, sociedad nueva empresa e hipoteca electrónica: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio de 2003*, Civitas, Madrid, 2005.
- GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., “Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de los menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 11, 2006.
- GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, L., “Estudio de la Directiva y del Real Decreto-Ley de 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica”, Mateu de Ros Cerezo, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M. (coords.), *Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- GONZÁLEZ MADRID, C., “Los datos de menores en el ámbito de la educación”, *Datospersonales.org: la revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n. 2, 2003.
- GUILLEN CATALÁN, R., “Los retos de la sociedad ante la protección de datos de los menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 20, 2015.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, 17/ES, WP260 rev.01, de 29 de noviembre de 2017*.
- HIDALGO CERESO, A., “La protección de datos de los menores de edad. Especial referencia a sus excepciones en materia sanitaria y de educación”, *La Ley Derecho de Familia: revista jurídica sobre familia y menores*, n. 15, 2017.
- MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2004.
- PALMA ORTIGOSA, A., “Ámbito de aplicación y definiciones del RGPD”, Murga Fernández, J.P., Fernández Scagliusi, M.Á. y Espejo Lerdo de Tejada, M. (dirs.), *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía*, Editorial Reus, Madrid, 2018.

- PIÑAR REAL, A., “Tratamiento de datos de menores de edad”, Piñar Mañas, J.L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2016.
- PLAZA PENADÉS, J., “La Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, Plaza Penadés, J., Vázquez de Castro, E., Guillén Catalán, R. y Carbajo Cascón, F. (coords.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., “Servicios de confianza en materia de transacciones electrónicas: el nuevo Reglamento europeo 910/2014”, Pérez Gallardo, L.B. (coord.), *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*, Editorial Reus, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Editorial Bosch, Barcelona, 2018.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2019.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2020.
- TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia administrativa y protección de datos personales”, Troncoso Reigada, A. (coord.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales: celebrado el día 28 de octubre de 2008 en la Real Casa de Correos de Madrid*, Editorial Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008.
- VALERO TORRIJOS, J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Las bases jurídicas de la modernización tecnológica en las Administraciones públicas”, Plaza Penadés, J. (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “De nuevo sobre el régimen legal de la firma electrónica: estudio del Anteproyecto de 26 de junio de 2002”, *Actualidad Civil*, n. 1, 2003.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-dецembro 2020 | pp. 481-493
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4366>
© Patricia Iglesias Rey
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 22/05/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A integridade na contratación pública. O papel do Consello de Contas de Galicia na prevención da corrupción e na xestión de riscos na contratación pública

La integridad en la contratación pública. El papel del Consello de Contas de Galicia en la prevención de la corrupción y en la gestión de riesgos en la contratación pública

60 Regap

Regap



Integrity in public procurement. The role of the Consello de Contas de Galicia in the prevention of corruption and risk management in public procurement

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

PATRICIA IGLESIAS REY

Letrada de la Xunta de Galicia

Letrada mayor del Consello de Contas de Galicia

patricia.iglesias.rey@xunta.es

Resumo: Unha das pedras angulares do novo modelo de contratación pública imposto pola Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), é a aposta polo principio de integridade na contratación. Neste sentido, a LCSP regulou novas obrigas para os órganos de contratación, agora responsables de previr os riscos de corrupción, fraude e outras irregularidades na xestión da compra pública, e detectar e responder ás prácticas que materializan estes riscos. Deste xeito, para implantar unha adecuada política de integridade, resulta necesario levar a cabo unha política de xestión de riscos na contratación, mediante a súa análise, identificación e adopción de medidas preventivas no ámbito do sector público. A definición dun mapa de riscos como elemento de integridade ofrece a posibilidade de identificar tanto as medidas preventivas como as de continxencia e resposta en función do devandito risco, fixándose como obxectivo localizar, describir, categorizar e priorizar, en función da súa gravidade e probabilidade, o conxunto de riscos que unha institución terá que xestionar. Nestas notas, a miña

pretensión é presentarvos, desde un punto de vista técnico-xurídico, o traballo que elaborou a Comisión Técnica de Prevención da Corrupción do Consello de Contas de Galicia (CTPC), pero circunscrito ao ámbito da contratación pública e que culminou coa elaboración do Documento número 5 intitulado *Catálogo de riscos por área de actividade*, publicado e de libre acceso na páxina web do Consello de Contas de Galicia (CCG) desde o 24 de xullo de 2019.

Palabras clave: integridade, xestión do risco, Consello de Contas de Galicia, prevención, control, contratación pública, medidas de mellora.

Resumen: Una de las piedras angulares del nuevo modelo de contratación pública impuesto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), es la apuesta por el principio de integridad en la contratación. En este sentido, la LCSP ha regulado nuevas obligaciones para los órganos de contratación, ahora responsables de prevenir los riesgos de corrupción, fraude y otras irregularidades en la gestión de la compra pública, y detectar y responder a las prácticas que materializan estos riesgos. De este modo, para implantar una adecuada política de integridad, resulta necesario llevar a cabo una política de gestión de riesgos en la contratación, mediante su análisis, identificación y adopción de medidas preventivas en el ámbito del sector público. La definición de un mapa de riesgos como elemento de integridad ofrece la posibilidad de identificar tanto las medidas preventivas como las de contingencia y respuesta en función de dicho riesgo, fijándose como objetivo localizar, describir, categorizar y priorizar, en función de su gravedad y probabilidad, el conjunto de riesgos que una institución tendrá que gestionar. En estas notas, mi pretensión es presentaros, desde un punto de vista técnico jurídico, el trabajo que ha elaborado la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción del Consello de Contas de Galicia (CTPC), pero circunscrito al ámbito de la contratación pública y que culminó con la elaboración del Documento número 5, intitulado *Catálogo de riesgos por área de actividad*, publicado y de libre acceso en la página web del Consello de Contas de Galicia (CCG) desde el 24 de julio de 2019¹.

Palabras clave: integridad, gestión del riesgo, Consello de Contas de Galicia, prevención, control, contratación pública, medidas de mejora.

Abstract: One of the cornerstones of the new public procurement model imposed by Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts (LCSP) is the commitment to the principle of integrity in procurement. In this sense, the LCSP has regulated new obligations for the contracting bodies, now responsible for preventing the risks of corruption, fraud and other irregularities in the management of public procurement and detecting and responding to the practices that materialize these risks. Thus, to implement an adequate integrity policy, it is necessary to carry out a risk management policy in contracting, through its analysis, identification and adoption of preventive measures in the public sector. The definition of a risk map as an element of integrity offers the possibility of identifying both preventive measures, as well as contingency and response measures based on said risk, setting itself the objective of locating, describing, categorizing, and prioritizing, based on their seriousness and probability, the set of risks that an institution will have to manage. In these notes, my intention is to present to you, from a technical-legal point of view, the work that has been prepared by the Technical Commission for the Prevention of Corruption in the Consello de Contas de Galicia (CTPC), but limited to public procurement and which culminated in the preparation of Document number 5 entitled Catalog of risks by area of activity, published and freely accessible on the website of the Consello de Contas de Galicia (CCG) from July 24, 2019.

Key words: integrity, risk management, Consello de Contas de Galicia, prevention, control, public procurement, improvement measures.

SUMARIO: 1 Introducción: la decidida apuesta de la normativa de contratación pública con el principio de integridad. 2 A pesar de los controles existentes, ¿es necesario gestionar el riesgo en la contratación pública? 3 El catálogo de riesgos elaborado por la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción del Consello de Contas de Galicia.

1 Acceso al documento *Catálogo de riesgos por área de actividad* el 7 de mayo de 2020 en la página web <http://www.consello-decontas.es>.

1 Introducción: la decidida apuesta de la normativa de contratación pública con el principio de integridad

Las presentes notas están dedicadas a la memoria de mi amiga, una mujer valiente, íntegra y generosa. A mi maestra: doña Beatriz Rodríguez Fraga, conselleira del Área de Institucional del Consello de Contas de Galicia. DEP (13-08-2019). “*Existen personas que nos inspiran, otras que nos enseñan algo nuevo y existen aquellas que simplemente, sin pedir permiso, tocan nuestra alma. Son amistades hechas de silencios comprendidos... De simpatías mutuas sin explicación*”. *El Principito*, de Antoine de Saint-Exupéry.

Cuando se publiquen estas notas, seguramente se haya levantado el estado de alarma en nuestro país, por lo que es necesario echar la vista atrás y situarnos en la realidad que se ha vivido en un pasado muy inmediato. Simplemente observando el *statu quo* de la percepción de la actividad de contratación pública en España, se puede constatar que es un hecho objetivo que la corrupción pública sea percibida por los españoles como uno de los mayores problemas sociales². Esta percepción por sí sola genera desaliento respecto al progreso social y desafección hacia las instituciones democráticas, todo ello sin contar que la corrupción real, se perciba o no como problema, desvía a la Administración de servir a los intereses públicos, dilapida los recursos comunes y acaba generando una cultura empresarial más proclive a invertir en sobornos que en tecnología y mejoras en el desarrollo del negocio. El problema de las irregularidades, fraudes y corrupción en la contratación parece percibirse como un asunto exclusivamente penal, de reacción ante el delito. Esta visión, en mi opinión, resulta equivocada porque debe primar el “principio de intervención mínima” del derecho penal por ser precisamente un derecho que implica que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves o meras irregularidades administrativas que pueden ser supervisadas por el procedimiento administrativo sancionador o mitigadas por una gestión preventiva y eficaz de los riesgos en la contratación para minimizar las contingencias en caso de suceder.

La preocupación de la Unión Europea por la corrupción en la contratación pública no es una novedad reciente. La constató ya el Parlamento Europeo en una Resolución de 6 de mayo de 2010, donde afirmaba que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y generan desconfianza respecto a la Unión Europea”³. Entre 2014 y 2017 se aprobaron

2 Según el estudio realizado por Transparencia Internacional España, que se hizo público el 29 de enero de 2019. España ocupa la posición 41 entre los 180 países estudiados en el impacto de Percepción de la Corrupción (IPC). Por otro lado, España se ubica en el puesto número 20 entre los 28 países de la Unión Europea. Pese a esta leve mejora en la puntuación, hay que destacar que España se encuentra por debajo de Chipre y de la República Checa, países con los que compartía la misma puntuación el año pasado. Acceso web: <https://transparencia.org.es/espana-mejora-levemente-en-el-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2018/> (consultado el 7 de mayo de 2020).

3 Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010: punto 27 de la Resolución. “Según Strombom (1998), los costes añadidos al contrato pueden llegar a alcanzar el 20% o 25%, pero en algunos casos se elevan hasta el 50% del coste total del contrato”.

las normas que articulan este paso de la recomendación a la obligación de prevenir los riesgos para la integridad en la contratación pública: corrupción, fraude o cualquier irregularidad que, a pesar de no producirse con la intención de obtener un beneficio privado ilegítimo, provoque perjuicios a las instituciones públicas o al interés general. El mismo año 2014 en que la Comisión Europea publicaba el informe monográfico sobre corrupción antes citado, se aprobaba una nueva generación de directivas sobre contratación pública y concesiones, alineadas con esta prioridad de prevención y lucha contra la corrupción. En particular, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establecía ya varias obligaciones de los Estados miembros en sentido preventivo.

Finalmente, con la aprobación de la LCSP por la cual se transponen 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, se imponen, como hemos anticipado, nuevas obligaciones en materia de prevención y lucha contra la corrupción, el fraude y otras irregularidades a los órganos de contratación. Del texto de esta nueva LCSP se desprende una mayor conciencia sobre la necesidad de avanzar en la prevención de los riesgos para la integridad en la contratación pública, y que podemos sintetizar en las siguientes medidas:

1ª. Se ha introducido el principio de integridad entre los principios que deben regir la actuación de los servidores públicos para asegurar la eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, a la adquisición de bienes y a la contratación de servicios (art. 1).

2ª. Se han incrementado las obligaciones de transparencia activa a lo largo del ciclo de vida de los contratos (art. 63), como medida preventiva transversal para los riesgos para la integridad en la contratación pública.

3ª. La LCSP ha establecido la obligación de los órganos de contratación de adoptar “las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación, con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores” (art. 64.1).

4ª. Ha regulado una definición de conflicto de interés bastante amplia para incluir cualquier tipo de conflicto de interés (real, potencial o aparente) en el que se pueda encontrar un servidor público (art. 64.2).

5ª. Ha fijado la obligación para cualquier persona o entidad que tenga conocimiento de un posible conflicto de interés de ponerlo en conocimiento de los órganos de contratación (art. 64.2), medida preventiva que facilita la detección de intereses particulares que pueden llegar a sesgar las decisiones públicas a lo largo de todo el procedimiento de contratación⁴.

4 No obstante, la parquedad regulatoria del artículo 64 de la LCSP exige un esfuerzo para la adopción de medidas concretas y efectivas para la gestión del riesgo derivado de los conflictos de intereses, que se presenta como un riesgo constante en cualquiera de las fases del procedimiento de licitación, y para ello es preciso discriminar las acciones necesarias para prevenir, detectar, gestionar y sancionar dicho riesgo.

6ª. Ha ampliado las prohibiciones de contratar para contemplar explícitamente tipos penales que sancionan actos de corrupción, como por ejemplo la corrupción en los negocios (no solo en las transacciones internacionales), la prevaricación, la malversación, las negociaciones prohibidas a funcionarios o el blanqueo de capitales, por poner algunos ejemplos (art. 71).

7ª. Ha regulado por primera vez la práctica de consultar al mercado antes del inicio del expediente de contratación (art. 115) con unas obligaciones mínimas de transparencia y documentación de estas prácticas (informe final de las actuaciones realizadas, motivado, y que deberá formar parte del expediente de contratación con las mismas obligaciones de publicidad activa que los pliegos).

8ª. Ha creado, como medida preventiva para velar por la buena gobernanza, una institución estatal, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

A nivel de organismos internacionales, la gestión de riesgos se muestra como una tarea esencial si realmente los poderes adjudicadores quieren perseguir una mejora, en términos de eficiencia y eficacia, en el ciclo de vida de la contratación pública. La propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁵ recomienda a los gobiernos y administraciones en relación con la contratación pública que “se evalúen de forma periódica y sistemática los resultados de los procedimientos de contratación; se desarrollen indicadores de rendimiento, eficacia y ahorro en la contratación pública; se elaboren herramientas de evaluación de riesgos que permitan identificar y gestionar amenazas al sistema de contratación pública y se den a conocer las estrategias de gestión de riesgos en la contratación pública”.

Del mismo modo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (tratado adoptado el 31 de octubre de 2003⁶ por la Asamblea General de las Naciones Unidas) también es buena muestra de la necesidad de apostar por esta estrategia bifronte y dedica gran parte de su articulado a establecer medidas de tipo preventivo que deben ser adoptadas por los protagonistas del fenómeno de la corrupción, para las empresas, pero también y de forma muy destacada por las propias administraciones públicas. El diseño de este conjunto de medidas de carácter preventivo y su evaluación debe, según el convenio, estar en manos de organismos públicos independientes, como organismos de control externo o de las agencias u oficinas anticorrupción (art. 6).

En ambos casos, las medidas a adoptar responden a una estrategia común: la elaboración de planes propios de prevención, adaptados a las necesidades de cada organización, elaborados tras haber realizado un meticuloso análisis de riesgos, mediante el que cada entidad debe determinar cuáles son las actividades en las que con mayor probabilidad pueden aparecer prácticas de corrupción y con qué controles cuenta para

5 Los principios promulgados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y que han de regir la contratación pública son la evaluación, la transparencia, la integridad, la gestión del riesgo, la responsabilidad, la accesibilidad, equilibrada, la integración, la e-contratación, la capacitación, la eficiencia y la participación. Acceso web: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools> (consultado el 7 de mayo de 2020).

6 Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Acceso al documento: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012 (consultado el 7 de mayo de 2020).

mitigarlas. Dentro de este tipo de medidas de autorregulación, el convenio insiste en la necesidad de crear canales de denuncias, en la mejora de los sistemas de selección de personal, en la transparencia en los sistemas de contratación, etc. Ciertamente es que las entidades privadas estaban ya habituadas a adoptar medidas de autorregulación de carácter preventivo en materias como la prevención de riesgos laborales, de protección de datos, el blanqueo de capitales o *compliance* penal. Sin embargo, no ocurre lo mismo con organismos públicos en los que la adopción de medidas internas y externas de control o de prevención, más allá de las que establece la ley, resulta algo extraño.

De la lectura de obras y doctrina de otros países, probablemente sea Estados Unidos el país que mayor grado de desarrollo muestre; en concreto, desde el año 2008 con la “Administración de Obama” se ha venido implementando en Estados Unidos un sistema de contratación en virtud del cual, para poder ser siquiera una entidad capaz de contratar con la Administración pública federal, debe contarse con un programa de cumplimiento “anticorrupción”. Implementar este control preventivo, por lo tanto, exige previamente tener claro sobre a qué subprocesos de compras nos enfocaremos (o si será en toda el área de compras); por ello, debemos primeramente tener antes descrita la cadena de valor o los procesos esenciales de nuestra contratación, para posteriormente hacer participar a los principales actores internos en la identificación de estos riesgos, de tal forma que se definan los grados de impacto y su ranking de importancia, entre otros elementos. Como referencia práctica de lo mencionado, podemos nombrar a países como Argentina, Brasil, Francia y Corea del Sur, quienes han estado adoptando un “enfoque de futuro”, mediante la elaboración de mapas periódicos de factores y vulnerabilidades (riesgos) que atentan contra la integridad de esta materia estratégica⁷.

En España podemos destacar, con un papel relevante en temas de integridad institucional, al Consello de Contas de Galicia (CCG), que a través de su ley y marco regulatorio actual, sobre el que volveremos, ha diseñado una estrategia de integridad y de control interno con tres fases para prevenir la corrupción, en la cual, además de un diagnóstico de la situación de los sistemas de control interno, y la elaboración y seguimiento de los planes de prevención de la corrupción, ha incluido poner a disposición de las entidades públicas metodologías para la implementación de «sistemas de prevención de riesgos» (en particular, guías técnicas de evaluación de riesgos y modelos tipo de planes de prevención)⁸.

A la vista de esta tendencia y de la evolución que se está experimentando más en la normativa europea y en países de nuestro entorno (no tanto en España), no parece descartable (incluso resulta deseable) que en un futuro próximo la Administración pública exija un *compliance program* a todas las empresas que contraten con el sector público. Si bien pudiera parecer un futuro lejano, lo cierto es que en numerosos países la existencia de un programa de cumplimiento “anticorrupción” es una exigencia

7 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2016, cit., p. 25.

8 RODRÍGUEZ FRAGA, B., *Planes de prevención de la corrupción. Nuevas funciones de los OCEX*, VIII Seminario de Contratación Pública, Formigal, 2017, p. 12. “El marco conceptual y metodológico para la evaluación del funcionamiento de los sistemas de control interno es el desarrollado por el informe COSO con la metodología incorporada en las Guías para las normas de control interno del sector público elaboradas por INTOSAI”.

legal para que la Administración pública considere la posibilidad de contratar con una empresa⁹.

En el ámbito nacional, es verdad que en la cultura administrativa de nuestro país impera la creencia mayoritaria de que basta con la ley y con las medidas que ella consagra para garantizar la ausencia de conductas desviadas en el ámbito de la contratación pública, algo que contrasta con los países anglosajones, donde desde hace ya décadas se ha considerado necesario establecer medidas adicionales que asegurasen el desarrollo de una ética pública e integridad y el efectivo cumplimiento. Sin embargo, la LCSP implica un cambio de tendencia y rumbo en el modo de hacer las cosas y marca el camino hacia el establecimiento de medidas de tipo preventivo y de autorregulación interna que se deben sí o sí implementar también en el ámbito de una actividad de riesgo alto, como es la contratación pública.

Por lo expuesto hasta ahora, en la gestión pública, y en particular en materia de contratación, debería realizarse una gestión de riesgos, y sería de gran utilidad acudir a las técnicas de programas de Cumplimiento o de Planes de gestión y prevención de riesgos de Corrupción (PPC) aplicadas a la contratación, y así avanzar en la aproximación a un mapa de riesgos sobre el cual desarrollar las acciones de prevención para garantizar la integridad institucional, en la línea propuesta por la OCDE en 2009 para la gestión del marco de integridad (*integrity frameworks*). Esta apuesta por la implementación de los PPC en cada organización no solo debe ser vista como una herramienta para prevenir la corrupción, sino también como una medida de mejora continua para lograr una gestión pública más eficiente y eficaz, y para conseguir unos servicios públicos de mayor calidad y que preocupan a la ciudadanía, como son la sanidad, la educación y los servicios sociales, así como el gasto dedicado a las infraestructuras y su financiación.

2 A pesar de los controles existentes, ¿es necesario gestionar el riesgo en la contratación pública?

En el lenguaje coloquial, se suele asimilar riesgo a peligro. Sin embargo, técnicamente¹⁰, un riesgo es una probabilidad de que se produzca un daño, una lesión, una pérdida, una responsabilidad o cualquier otro efecto nocivo para una institución pública o para el interés general, debido a vulnerabilidades que pueden ser internas o externas a aquella organización. Por consiguiente, un riesgo no es un peligro, sino una probabilidad de peligro. Y este matiz es muy importante porque toda la gestión de riesgos gira en torno a la idea de que, si la probabilidad es significativa (riesgo inherente), hay que planificar actuaciones para reducirla (riesgo residual), tal como se explicará

9 GIMENO FELIÚ, J.M., *Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública*, Web del Observatorio de Contratación Pública (Obcp), agosto de 2017 (consultado el 7 de mayo de 2020).

10 Algunas metodologías de gestión de riesgos, como por ejemplo la del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), contemplan los riesgos de corrupción dentro de la visión más amplia de todos los riesgos operativos de una organización. Por este motivo definen riesgo "como la posibilidad de que un acontecimiento suceda y afecte adversamente a la consecución de los objetivos". En mayo de 2013 se ha publicado la tercera versión COSO III.

más adelante. Y, en el sector público, la probabilidad de los riesgos para la integridad de las instituciones es significativa en todas las funciones públicas.

Las recomendaciones de la UE para España relativas al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España, por las que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2019 de España, publicadas el pasado 5 de junio de 2019, dicen literalmente: “En el ámbito de la contratación pública, la aplicación ambiciosa de la Ley de contratos del sector público adoptada en 2017 resultará decisiva para aumentar la eficiencia del gasto público y prevenir las irregularidades. En particular, es importante que la nueva estructura de gobierno, sobre todo la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión, pueda desempeñar eficazmente los cometidos que se le han asignado, y que la Estrategia Nacional de Contratación Pública integral se adopte con celeridad y con la participación activa de las entidades o poderes adjudicadores a nivel nacional, regional y local”. Y añade que se deben “tomar medidas destinadas a fortalecer los marcos presupuestarios y de contratación pública en todos los niveles de gobierno”.

Si bien es cierto que el cumplimiento de la normativa constituye un deber *per se* (*in nato*) en todos los niveles del organigrama público, en el que los altos cargos, autoridades, directivos y empleados públicos debemos, por mandato constitucional (art. 9.2, 103 CE), servir al interés general y estamos sometidos al imperio de la ley y al resto del ordenamiento jurídico. Mandato que, sin duda, debe robustecerse en el sector público, porque no podemos olvidar que todos los sujetos intervinientes en la esfera pública manejamos, directa o indirectamente, fondos e intereses públicos en los que el destinatario final es la ciudadanía. Por tanto, en mi opinión, se incrementa la necesidad de implementar técnicas preventivas de cumplimiento y de gestión del riesgo en el ámbito público, aunque también es cierto que esa necesidad y/o obligatoriedad parece “redundante”, porque se podría partir de la premisa de que los planes de cumplimiento o de prevención de la corrupción ya existen en el derecho administrativo español de corte continental francés desde tiempos napoleónicos.

Por lo tanto, y respondiendo a la pregunta del título de este epígrafe sobre si es necesario gestionar el riesgo en la contratación pública a pesar de los controles existentes, en mi opinión, la respuesta debe ser positiva sin condiciones, teniendo presente además que las técnicas y herramientas preventivas de gestión del riesgo pueden complementarse perfectamente con la función nuclear de fiscalización de los OCEX y que ambas funciones pueden “retroalimentarse” para mejorar. Ciertamente es que todo cambio de paradigma cuesta en la esfera pública, pero debemos ser receptivos hacia un giro en la cultura preventiva que se centre en la gestión sistemática del riesgo, incluyendo identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento como una herramienta adecuada en tanto en cuanto permite la medición del desempeño y detecta aquellas debilidades del sistema que necesitan de una nueva forma de ser tratadas.

La definición de un mapa de riesgos como elemento de integridad ofrece la posibilidad de identificar tanto las medidas preventivas como las de contingencia en función de dicho riesgo, fijándose como objetivo localizar, describir, categorizar y priorizar, en función de su gravedad y probabilidad, el conjunto de riesgos que la institución

tendrá que gestionar, riesgos que, en función de su naturaleza, pueden ser comunes a las distintas fases en las que se estructura el procedimiento de licitación, o propias de cada una de ellas. Como se recoge en el documento número 4, aprobado por la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción del CCG, *Metodología para la administración de riesgos*¹¹: “Para aplicar con éxito cualquier metodología de evaluación de riesgos, es importante dotar a las organizaciones de ciertas condiciones previas de carácter normativo e institucional y, asimismo, asegurarse de que el proceso contará con el compromiso de la dirección y con los medios suficientes para llevarlo a cabo.

- Identificación del riesgo
- Evaluación del riesgo
- Establecimiento del contexto
- Análisis del riesgo
- Comunicación y consulta
- Tratamiento del riesgo
- Seguimiento y revisión

El entorno en el que cada una de las entidades que integran el sector público desempeña sus funciones es diferente y, consecuentemente, los riesgos a los que están expuestas no pueden generalizarse, sin perjuicio de la consideración de algunos de ellos como comunes o más habituales en las distintas áreas de gestión. Cada entidad deberá definir de manera individual su propio contexto y sus propios riesgos, con la finalidad de que las estrategias que desarrolle para gestionarlos sean adecuadas y efectivas. En este sentido, el conocimiento particularizado de la propia organización, de su estructura interna y de las interacciones que realiza con el exterior contribuirá a determinar cuáles son, en cada caso, las principales debilidades y fortalezas. En general, será relevante considerar cualquier factor que asegure que el enfoque atribuido a la gestión de riesgos es apropiado a las circunstancias, a la organización y a los riesgos que afectan al logro de los objetivos de cada entidad”.

3 El catálogo de riesgos elaborado por la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción del Consello de Contas de Galicia

En el año 2015 se reformó la Ley del Consello de Contas de Galicia¹² (CCG), asumiendo este la responsabilidad de colaborar con las administraciones en la prevención de la corrupción, asesorarlas sobre los instrumentos normativos y fomentar en la sociedad civil el comportamiento ético en sus relaciones con el sector público. Para el desarrollo de esta función, se crea la Sección de Prevención de la Corrupción con la asistencia

11 De acceso público en la página web del Consello de Contas de Galicia: <https://www.consellodecontas.es/es/content/nuevos-documentos-en-materia-de-prevencion>.

12 Ley 8/2015, de 7 de agosto, de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del Texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/regulations/Anuncio_Lei_Consello_0.pdf.

de la Comisión Técnica¹³, formada por auditores de los distintos departamentos, y se incorpora a la organización interna una unidad de prevención de la corrupción, siendo una de las primeras actuaciones en esta materia la aprobación del Código Ético de la Institución. La misión del CCG es la fiscalización externa de las cuentas y de la actividad económica financiera y contable del sector público gallego y, en el ámbito de la prevención de la corrupción, colaborar en el establecimiento de un marco de integridad en las entidades públicas que contribuya a garantizar una idónea gestión de las finanzas públicas.

El Plan Estratégico vigente del CCG recoge las líneas básicas de actuación a medio plazo (período 2019-2022)¹⁴ a realizar por el CCG, que se encuadran dentro de los siguientes ejes:

- Eje 1: Fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público de Galicia.
- Eje 2: Prevención de la corrupción.
- Eje 3: Buen gobierno y organización interna.
- Eje 4: Fortalecimiento de las relaciones con el Parlamento, la sociedad gallega y cooperación con otras entidades.

Dentro del ámbito del eje 2 se abordan los objetivos estratégicos y las medidas que se deben desarrollar en materia de prevención de la corrupción y que figuran con más detalle en el documento *Estrategia en materia de prevención de la corrupción*¹⁵, aprobado por la Sección de Prevención de la Corrupción. De entre los objetivos estratégicos del eje 2 de Prevención de la Corrupción, se incluye el deber del CCG de colaborar con las administraciones gallegas en la implantación de instrumentos y sistemas de prevención de la corrupción e integridad.

El *Catálogo de riesgos por área de actividad*, aprobado por la CTPC (documento n. 5)¹⁶, se elabora como complemento al documento n. 4, *Metodología para la administración de riesgos*, y tiene por finalidad recoger una relación de los riesgos que, de acuerdo con la experiencia fiscalizadora del CCG, son recurrentes en el sector público autonómico gallego, así como de las medidas específicas que se proponen para dar respuesta a aquellos. En particular, en el catálogo se presta especial atención a las actividades que por su propia naturaleza son más susceptibles de dar lugar a riesgos de gestión, incluidos riesgos de corrupción, como la gestión de personal, concesión de subvenciones públicas, la contratación o el urbanismo. Cabe poner de manifiesto que la enumeración de riesgos que se realiza en el catálogo para cada una de estas materias

13 Las normas de funcionamiento de la Comisión Técnica fueron aprobadas por Acuerdo del Pleno del Consello de Contas celebrado el 16 de mayo de 2017. Acceso web: <http://www.consellodecontas.es/es/menu-consello/corruptcion/organizacion/comision>.

14 Acceso web al contenido del Plan Estratégico (2019-2020): http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/plan_extratexico/Plan_Estrat%C3%A9xico_2019_2022_C.pdf.

15 Documento número 1, *Estrategia en materia de prevención de la corrupción*, aprobada por la Sección de Prevención de la Corrupción del CCG el 20 de diciembre de 2017. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corruptcion/Estratexia_%20prevencion_C.pdf.

16 Documento número 5, *Catálogo de riesgos por área de actividad*, aprobado por la CTPC y del que la sección de Prevención de la Corrupción del CCG tomó razón el 19 de julio de 2019. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corruptcion/Catalogo_riscos_C.pdf.

no tiene carácter taxativo; se trata de una relación orientadora para que cada entidad analice si sus propios riesgos encajan con los descritos en el catálogo e introduzca, en su caso, las modificaciones que considere necesarias para adaptarlo a su contexto. Por otra parte, el documento elaborado pretende recoger todas aquellas conductas que constituyan un riesgo, incluidos los de fraude o corrupción, con independencia de que se hayan materializado previamente o no.

El catálogo resultante de esa adaptación individualizada debe tener como objetivos principales los siguientes:

- Identificar, dentro de cada entidad, los riesgos más recurrentes a los que se enfrenta, prestando especial atención a los riesgos de corrupción.
- Profundizar en el análisis de esos riesgos para obtener el conocimiento necesario que permita adoptar medidas preventivas que minimicen la posibilidad de que se produzcan.
- Proponer medidas correctoras que, en el caso de materializarse el riesgo, contribuyan a reducir la gravedad de sus consecuencias.

4 La gestión de riesgos en la contratación pública

Los riesgos específicos en el ámbito de la contratación en el catálogo aprobado se agruparon en atención a las distintas fases del procedimiento contractual:

- Fase preparatoria. En las actuaciones preparatorias de un expediente de contratación se adoptan decisiones que pueden comprometer los principios rectores de la contratación pública. Así, la falta de estudio y justificación de las necesidades que se pretenden cubrir a través del contrato perjudica la eficiente utilización de los fondos públicos; la elección de un procedimiento que restringe la participación de licitadores influye directamente en la concurrencia; el diseño de pliegos y criterios de solvencia y adjudicación que puedan favorecer a determinados operadores afectan a la igualdad de trato de los licitadores; y la determinación de un precio del contrato que no se ajuste al mercado resulta contrario a la economía del gasto.
- Fase de licitación. La vulneración del principio de transparencia es la principal amenaza en esta fase del procedimiento. Limitar la publicidad de las licitaciones y el libre acceso a la información necesaria para presentar las ofertas constituye riesgos que restringen la concurrencia y amenazan la igualdad de trato. También resulta esencial la idónea custodia de las ofertas para evitar el riesgo de vulneración del secreto o la manipulación de las proposiciones que se presenten.
- Fase de adjudicación. La objetividad y la transparencia en la selección del operador económico que resulte adjudicatario son factores fundamentales para garantizar la igualdad de trato y la eficiencia del gasto mediante la elección de la mejor oferta. Los principales riesgos identificados en esta fase apuntan a la falta de imparcialidad o profesionalización de los miembros de las mesas de contratación o del comité de expertos, a la no detección de prácticas colusorias o a la opacidad en la valoración de las ofertas debido a la falta de publicidad de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

las actas y de los informes técnicos o por imprecisiones en la justificación de las puntuaciones otorgadas a cada oferta.

- Fase de ejecución. En esta fase existe el riesgo de desvirtuar las cláusulas y condiciones basándose en las cuales se adjudicó el contrato. Se comprometen principios fundamentales como la igualdad de trato si no se supervisa y verifica el cumplimiento de las condiciones que determinaron la selección de un licitador frente a otro (plazos, mejoras, adscripción de medios personales o materiales o condiciones especiales de ejecución) y puede afectarse también a la economía del gasto a través de modificaciones contractuales que incrementan el precio inicial de las prestaciones.

El cuadro de riesgos en la contratación pública según las distintas fases del proceso se puede consultar y es de libre acceso en el anexo del Documento número 5 *Catálogo de riesgos por área de actividad*¹⁷ aprobado por la CTPC, en el que se identifican los principales riesgos que pueden concurrir durante la tramitación de los expedientes de contratación y se enumeran algunas de las posibles medidas que se pueden adoptar para prevenirlos y, en su caso, corregirlos.

5 Conclusiones

1ª. En los últimos años, la creciente preocupación por la corrupción se ha advertido en el tono del discurso europeo, que ha evolucionado de la recomendación para que los Estados miembros actuasen de forma decidida en esta materia hasta la fijación de directrices y obligaciones claras que estos debían transponer e implantar en sus ordenamientos. En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, ha regulado nuevas obligaciones para los órganos de contratación, ahora responsables de prevenir los riesgos de corrupción, fraude y otras irregularidades en la gestión de la compra pública, y detectar y responder a las prácticas que materializan estos riesgos.

2ª. En este nuevo modelo de gestión pública focalizada en la vertiente preventiva de control de riesgos en general y en la contratación pública en particular, los OCEX están llamados a jugar un papel protagonista de apoyo a las instituciones públicas en la consolidación de sus sistemas de integridad, promoviendo e impulsando buenas prácticas que contribuyan a la mejora de la calidad de la contratación pública bajo el principio de mejora continua, que exige una actuación coordinada y transversal y de composición multidisciplinar de los equipos de auditoría en que profesionales de auditoría y letrados aporten una solución óptima a estos efectos tanto en la fiscalización como en la prevención de la corrupción.

17 Documento número 5 *Catálogo de riesgos por área de actividad* aprobado por la CTPC y del que se tomó razón por parte de la sección de Prevención de la Corrupción del CCG el 19 de julio de 2019. Acceso web: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/corrupcion/Catalogo_riscos_C.pdf.

Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, C., *Compliance en la administración pública: dificultades y propuestas*, Colección: Temas de Administración Local, n. 102, 2017, ISBN: 978-84-16219-20-9.
- CASTILLO BLANCO, F.A. (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ISBN: 978-84-1313-727-8.
- COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la lucha contra la corrupción*, febrero 2014. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu> (consultado el 7 de mayo de 2020).
- CONSELLO DE CONTAS DE GALICIA, *Documentos aprobados por la Sección de Prevención y por la Comisión Técnica de Prevención de la Corrupción*. Acceso web: <http://www.consellodecontas.es/es/content/nuevos-documentos-en-materia-de-prevencion> (consultado el 7 de mayo de 2020).
- COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), *Documento “La gestión de riesgos corporativos”*, 2015. Acceso web: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Spanish.pdf> (consultado el 7 de mayo de 2020).
- GIMENO FELIÚ, J.M., *Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública*, Ponencia V Seminario de Contratación Pública, Formigal, septiembre de 2014.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública*, Web del Observatorio de Contratación Pública (Obcp), agosto de 2017 (consultado el 7 de mayo de 2020).
- NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. (coords.), *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Documentos de trabajo en materia de prevención y gestión de riesgos en la contratación pública*. Acceso web: <https://www.antifrau.cat/es/prevencion/areas-de-estudio/contratacion-publica.html> (consultado el 7 de mayo de 2020).
- RODRÍGUEZ FRAGA, B., *Planes de prevención de la corrupción. Nuevas funciones de los OCEX*, VIII Seminario de Contratación Pública, Formigal, 2017.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-dецembro 2020 | pp. 495-535
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4705>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 07/01/2021 | Aceptado: 07/01/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence

60 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Tarifa especial (rebajada) del servicio municipal de transporte público urbano de viajeros restringida a los ciudadanos empadronados en el municipio. Impugnación de la restricción por los ayuntamientos limítrofes. Falta de legitimación activa. 1.2 Tramitación de un expediente y práctica de notificaciones en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidad formal no invalidante. 1.3 Retribuciones del personal del servicio municipal de extinción de incendios. Las gratificaciones por "nocturnidad" y "festividad" deben integrarse en el complemento específico, devengándose en período vacacional. 1.4 Ilegalidad de las gratificaciones por jubilación. 1.5 Sanción a ayuntamiento por no garantizar la calidad del agua para consumo humano de la red general municipal. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de gestión de servicio público por situación concursal de la contratista. Prevalencia de la exención de indemnización establecida en el pliego de cláusulas administrativas. 2.2 Licitación de servicio de cafetería en edificio público. Exclusión de dos candidatas por tratarse en realidad de la misma empresa. Facultades de investigación de la mesa de contratación. Prueba indiciaria. 3 Corporaciones profesionales. 3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colegial por un no colegiado. 3.2

Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obligatorio de proyectos técnicos. 4 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 4.1 Restricciones a los derechos de reunión y circulación. 4.2 Reglas sobre el uso de mascarillas en playas, piscinas y establecimientos de hostelería. Desestimación de suspensión cautelar. 4.3 Régimen sancionador. El incumplimiento de las restricciones de circulación impuestas en el primer estado de alarma no constituye infracción de “desobediencia a la autoridad”. Vulneración del principio de tipicidad. 5 Medio ambiente y urbanismo. 5.1 Ordenación del territorio. Parques eólicos. Proyecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espacios protegidos de Os Ancares – O Courel. Caducidad del proyecto primitivo y de su declaración de impacto ambiental. 5.2 Planeamiento. Nulidad de plan general de ordenación municipal por omisión de evaluación ambiental estratégica. 5.3 Modificación del Plan especial de protección y rehabilitación de la ciudad histórica de Santiago de Compostela para prohibir el destino de viviendas a alojamientos turísticos temporales. Necesidad de tramitar una segunda información pública tras la introducción de modificaciones sustanciales. 5.4 Licencias urbanísticas. Es posible obtenerlas por silencio administrativo positivo en ejecución de un plan general viciado de nulidad de pleno derecho. 5.5 Licencia de parcelación en urbanización privada. No se puede otorgar si las parcelas resultantes no dan frente directo a vía pública. 5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La APLU dispone de plazo ilimitado para poder ordenar su demolición. Imprescriptibilidad de la servidumbre. 6 Personal. 6.1 Silencio administrativo en reclamaciones del personal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio de la solicitud. 6.2 Oposiciones de acceso a la función pública. Exigencia de composición paritaria (equilibrio hombres–mujeres) en los tribunales selectivos: su incumplimiento es irrelevante cuando el número de mujeres supera al de hombres. Consecuencias de la anulación de la oposición por razones formales: no afecta a los que fueron nombrados funcionarios (principios de equidad y buena fe). 7 Proceso contencioso-administrativo. 7.1 El mes de agosto no entra en el cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. 7.2 Altas de oficio en la Seguridad Social. Cuantía indeterminada. Competencia objetiva del TSJG para el conocimiento del asunto en primera y única instancia. 8 Tributos. 8.1 Impuesto de bienes inmuebles. Exención de las universidades públicas. 8.2 Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Base imponible: conceptos excluidos. 8.3 Impuesto sobre la renta de las personas físicas. No sujeción de dietas por desplazamientos del trabajador para su actividad laboral. Carga de la prueba. 9 Universidades. 9.1 Correspondencia de los títulos universitarios anteriores al “sistema Bolonia” con el marco español de cualificaciones para la educación superior (MECES).

1 Administración local

1.1 Tarifa especial (rebajada) del servicio municipal de transporte público urbano de viajeros restringida a los ciudadanos empadronados en el municipio. Impugnación de la restricción por los ayuntamientos limítrofes. Falta de legitimación activa

El Ayuntamiento de Vigo estableció una tarjeta con descuentos tarifarios para el transporte colectivo urbano de viajeros, restringida a los ciudadanos empadronados en dicho municipio. Los Ayuntamientos de Mos y Redondela solicitaron la supresión de dicha restricción. Contra la desestimación presunta de sus solicitudes promovieron sendos recursos contencioso-administrativos. En segunda instancia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) declaró su inadmisión o la confirmó, en las sentencias de 16 y 19 de octubre de 2020 (recs. 7130/2020 y 7118/2020, ponentes: Fernández López y Paz Eiroa).

En la última de ellas por haber devenido firme la resolución municipal aprobatoria de la tarifa reducida restringida. En la primera, por falta de legitimación activa del Ayuntamiento recurrente, con estas consideraciones:

«(...) el municipio de Vigo, al contar con más de 50.000 vecinos, está obligado a prestar el servicio de transporte colectivo urbano de viajeros, que son sus destinatarios y, por lo tanto, quienes obtendrán un beneficio singular o sufrirán un perjuicio, tanto en la prestación de ese servicio, como en el pago de sus tarifas. Siendo ello así, se encontrarán legitimados para impugnar tales actuaciones, lo que no impide que también puedan hacerlo los grupos o asociaciones especialmente constituidas para ese fin, pero nadie más, pues en este ámbito no está reconocida la acción pública en defensa de la legalidad, ni tampoco la singular de la entidad local donde residen, pues no las ha contemplado el legislador (artículos 68.1 de la LRBRL y 19.1.h) de la LRJCA). En efecto, es verdad que el primero de esos dos preceptos permite a la entidad local defender sus derechos, pero ello es distinto de la defensa de los derechos singulares de sus vecinos, que es el interés que invocó el Ayuntamiento de Mos y que está muy lejos de la habilitación que le otorga el artículo 2.1 de la LRBRL, que alcanza a la intervención en cuantos asuntos afecten “directamente” al círculo de sus intereses (artículo 2.1 de la LRBRL). No se duda que las entidades locales tienen que servir con objetividad los intereses públicos encomendados, pero también con sometimiento a la ley (artículos 103.1 de la Constitución española y 6.1 de la LRBRL), y la ley no les ha autorizado a defender los intereses singulares de los vecinos, como tampoco les ha autorizado a promover cualquier actividad o servicio ajeno, por más que estén relacionados con las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal; al efecto procede recordar que el artículo 28 de esa ley, sobre la posibilidad de realizar actividades complementarias, ha sido derogado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, si bien ha previsto una regla habilitante general en el artículo 7.4 de la LRBRL, que permite a las entidades locales el ejercicio de competencias no atribuidas específicamente, aunque solo ante exigentes condiciones que no se proyectan sobre el sentido que haya de dar el ente local a la competencia, sino sobre la posibilidad misma de su ejercicio. Así pues, los beneficiarios de los servicios municipales no son otras entidades locales ajenas a las que los prestan, sino los vecinos, que pueden exigir su cumplimiento (artículo 18.1.g) de la LRBRL), como señaló con acierto la sentencia apelada, pero de forma incompleta, pues también pueden beneficiarse de ellos quienes no sean vecinos, pues cualquiera puede acceder a los núcleos de población, deambular por las vías municipales y disfrutar de sus parques públicos y de sus bibliotecas, pero también pueden utilizar sus transportes públicos, con el pago de lo debido. Con todo, y con arreglo a lo que se acaba de indicar, tiene que ratificar esta sala el pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso promovido por el letrado del Ayuntamiento de Mos frente a la actuación del Ayuntamiento de Vigo, en orden a regular las tarifas del transporte colectivo de viajeros, pues ni aquella entidad local tiene competencias para defender los intereses de sus vecinos en sus relaciones personales, ni se deriva para ella ningún beneficio o perjuicio singular en la cuantificación y exigencia de las tarifas, de modo que no se da el presupuesto procesal que para la existencia de legitimación activa preconiza la constante y pacífica jurisprudencia

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

(...), esto es, que exista una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se impugna, de tal forma que la anulación de la resolución impugnada produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto; ello significa que, para que exista interés legítimo en esta jurisdicción, la actuación u omisión que se impugna debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso. No es este el caso del Ayuntamiento de Mos, a quien ninguna consecuencia le supone el importe de las tarifas que abonan los viajeros del transporte urbano de la ciudad olívica, como tampoco tiene asignadas facultades por el legislador para alzarse frente a actuaciones que repercuten en la esfera patrimonial de algunos de los vecinos del municipio, por más que puedan ser ilegales, ya que el citado artículo 25.1 de la LRBRL tan sólo faculta al municipio para gestionar, dentro del ámbito de sus competencias, sus propios intereses, para lo cual pueden promover actividades y prestar servicios públicos que satisfagan a la “comunidad vecinal”, lo que no es el caso de ejercitar acciones en defensa de algún grupo de vecinos, que es lo que pretende el Ayuntamiento de Mos, y para lo que no ostenta legitimación».

No obstante, en esta sentencia, con carácter de *obiter dicta* también se valora el fondo del asunto:

«(...) el transporte regular de viajeros de uso general se contempla como un servicio público en los artículos 71 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, y 74 de la Ley gallega 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación (también es un servicio público obligatorio en los municipios que cuentan con más de 50.000 vecinos (artículo 26.1.d) de la LRBRL), con la exigencia de que su utilización no puede ser discriminatoria, como tampoco pueden introducirse discriminaciones por razón del territorio o de la residencia (artículo 82 de la ley gallega). Por ello, la adecuada y textual interpretación que debe darse a tal precepto no puede ser otra que rechazar cualquier tarifa que diferencie a unos usuarios de otros en razón al lugar donde residan, de modo que debe reputarse discriminatorio que unos paguen más o menos que otros en razón al lugar donde se encuentren empadronados. En suma, no puede compartir esta sala el matiz que introdujo el juzgador de instancia acerca de la no existencia de una discriminación negativa, pues el hecho de que los vecinos de Mos paguen la tarifa ordinaria supone un trato desfavorecido respecto de los empadronados en la ciudad olívica, que la abonan reducida, de modo que existe un trato discriminado cuando unos viajeros pagan más o menos según el municipio donde se encuentren empadronados. Sobre la improcedencia de las ventajas tarifarias en razón al lugar del empadronamiento, se han pronunciado igualmente las SsTS de 14.11.12 y 23.09.15 que los letrados de las partes no ignoran. Y si se prescinde de las leyes de transportes que se acaban de citar, tampoco encuentra esta sala justificación alguna para otorgar un beneficio singular a los vecinos de Vigo. En primer lugar, porque si el transporte urbano de viajeros se realiza en régimen de concesión y no mediante gestión interesada, ello significa que es la concesionaria la que debe soportar el riesgo y ventura de su operación, sin que las arcas municipales deban realizar aportación alguna. Y en segundo lugar, porque aún si existieran esas cláusulas de interesamiento que obligaran al Ayuntamiento de Vigo a sufragar parte del servicio de transporte urbano, no habría razón alguna para

reducir las tarifas a los residentes en ese municipio con fundamento en que eran ellos los que aportaban los recursos de la hacienda municipal, pues quienes a ella contribuyen no son sólo quienes están empadronados en su término municipal, sino cualquier persona, física o jurídica, que realiza el hecho imponible que justifica el nacimiento de la obligación de contribuir. A estos efectos no está de más recordar que como no existen en el ámbito local tributos personales, no se aplica la regla del domicilio fiscal (que no es el empadronamiento) a que se refiere el artículo 4.a) de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas; así, son sujetos pasivos de los tributos locales indirectos (tasas e impuestos) los que usan los servicios públicos o utilizan el demanio público, mientras que los de los tributos ligados a derechos reales lo son quienes los ostentan o se benefician de ellos, y los de las actividades económicas quienes los desarrollan, cualquiera que sea el lugar donde residan, de modo que todos los que usan servicios públicos municipales, los que utilizan el dominio público, los propietarios de vehículos registrados en la jefatura provincial de Tráfico, los que poseen bienes inmuebles, los que venden, los construyen o los que los ven supervalorados con las obras municipales realizadas, por ejemplo, contribuyen a la hacienda municipal, con independencia de donde se encuentren empadronados. Finalmente, justificó el juzgador de instancia la procedencia de un trato diferenciado entre unos vecinos y otros en razón a los derechos y obligaciones que como tales les confería el artículo 18 de la LRBRL, lo que esta sala no comparte, pues, como se ha indicado, una cosa es que quienes tengan esa condición puedan exigir de la corporación municipal la prestación de los servicios obligatorios y otra es que, una vez implantados, se tengan que ver favorecidos respecto de quienes no sean vecinos para usarlos en mejores condiciones o para pagar menos por su utilización».

1.2 Tramitación de un expediente y práctica de notificaciones en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidad formal no invalidante

El TSJG, en sus sentencias de 17 de julio y 11 de septiembre de 2020 (recs. 4078/2020 y 4255/2019, ponentes: Parada López y Martínez Quintanar), concluye que el incumplimiento por el Concello de A Coruña de su obligación legal de tramitar expedientes y notificar resoluciones de manera electrónica es una irregularidad formal no invalidante si no les genera indefensión a los interesados. Incide así en la última de las referidas sentencias en que:

«(...) En relación con la ausencia de utilización de medios electrónicos, tanto para la notificación del acto como para su dictado, en suma, debemos concluir que no hay defecto invalidante, porque no afecta a la existencia de la tramitación y del propio acto resolutorio: el procedimiento se ha tramitado en su integridad (no hay causa de nulidad ex artículo 47.1.e) de la LPAC 39/2015); tan solo se ve afectado un aspecto de la formalización de la resolución, que no ha determinado que carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni tampoco ha dado lugar a la indefensión de los interesados (no hay causa de anulabilidad, por tanto, tal y como se deduce del artículo

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

48.2.b) de la LPAC, que establece que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados).

Debe tenerse en cuenta además que conforme a la Disposición Final 7ª de la LPAC 39/2015, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, “las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de octubre de 2020”. (...)

Recientemente, el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, ha vuelto a ampliar el plazo para la producción de efectos de las referidas previsiones, al modificar esa D.F. 7ª, que pasa a establecer que “las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de abril de 2021”. (...).

Las alegaciones del Concello de A Coruña, en relación a las dificultades que está teniendo la implantación del procedimiento electrónico en toda la Administración y la existencia de una minoría de Administraciones que funcionan sin papel, deben situarse y valorarse dentro de este contexto legal, de sucesivas prórrogas a la entrada en vigor de determinadas disposiciones relativas a la tramitación electrónica del procedimiento, y permiten relativizar el alcance del vicio formal denunciado por la recurrente, por no ser determinante de indefensión, ni impedir al acto cumplir su finalidad (...).»

1.3 Retribuciones del personal del servicio municipal de extinción de incendios. Las gratificaciones por “nocturnidad” y “festividad” deben integrarse en el complemento específico, devengándose en período vacacional

En numerosos municipios el personal adscrito al servicio de extinción de incendios trabaja en turnos intensivos de jornada de 24 horas, con varios días de descanso a continuación. Una parte relevante de su retribución la constituyen los pluses de “nocturnidad” y “festividad”, que solo se abona por los días efectivamente trabajados. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 1 de octubre de 2020 (rec. 7908/2018, ponente: Teso Gamella), referida al Concello de Ourense, fija como criterio jurisprudencial la obligación de incluir esas gratificaciones en el complemento específico del puesto de trabajo, devengándose por tanto también durante el período vacacional. Se afirma lo siguiente en la sentencia:

«(...) si lo que retribuyen los citados “pluses” son las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su peligrosidad o penosidad, o bien el especial rendimiento y la actividad extraordinaria con que se desempeña el trabajo habitual, en jornada

normal, que necesariamente se presta habitualmente en días festivos y por la noche, estaríamos ante un complemento, ya sea específico o de productividad, que tendría su relevancia, en este caso, el primero, en relación con la retribución del mes de vacaciones.

No estamos, por tanto, ante una gratificación porque el “plus de nocturnidad” por el trabajo realizado por la noche forma parte de su jornada de trabajo habitual. Así es, la prestación de servicios se produce alternando un turno continuado de 24H con tres días de descanso. De modo que la nocturnidad forma parte de prestación del servicio en su jornada normal, no es un servicio extraordinario, ajeno a esa jornada habitual, que deba ser gratificado.

Otro tanto sucede con el “plus de festividad”, pues forma parte de su jornada ordinaria realizar un mínimo de 48 horas en día festivo, es decir, 2 de las 7 u 8 jornadas al mes, ha de ser en festivo. En consecuencia, cuando se realiza la jornada en día festivo no se trata de un servicio extraordinario al margen de su jornada normal, sino que forma parte de la habitual y ordinaria prestación de servicios mensual.

En ambos casos, las retribuciones por dichos servicios prestados por la noche (“plus de nocturnidad”) o en día festivo (“plus de festividad”) no obedecen a una finalidad de gratificar por un servicio extraordinario ajeno a la jornada normal de trabajo y de carácter eventual. Al contrario, se trata de una característica del propio puesto de trabajo, de una retribución ordinaria por los servicios que se prestan regularmente.

En consecuencia, al no tener el carácter de gratificación sino de complemento, que retribuye las singulares condiciones del puesto de trabajo, el importe de los expresados pluses no puede ser detraído de la retribución durante el mes de vacaciones. (...).

La interpretación que realizamos resulta acorde con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que en el artículo 7 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que se disponga de un período de vacaciones anuales retribuidas. Teniendo en cuenta que dicha Directiva es de aplicación “a todos los sectores de la actividad, privadas y públicas” (artículo 1.3).

Basta la cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2011 (asunto C-155/10) y de 22 de mayo de 2014 (asunto C-539/12), y de los principios que se infieren, aunque respecto de la prestación del trabajador en general, cuando se señala que “(...) Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias Parviainen, C-471/08, EU:C:2010:391, apartado 73, y Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 2”.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

En consecuencia, debemos desestimar el recurso de casación, pues los ahora controvertidos, “plus de nocturnidad” y “plus de festividad”, no son gratificaciones, sino que forma parte del expresado complemento, cuya retribución no puede ser detraída de la retribución del mes de vacaciones».

1.4 Ilegalidad de las gratificaciones por jubilación

Buena parte de los ayuntamientos de Galicia les reconocen a sus funcionarios, en sus pactos sociales, el derecho a percibir una “prima de jubilación”. El TS, en sus sentencias de 14 de marzo de 2019 (rec. 2717/2016) y 20 de marzo de 2018 (rec. 2747/2015), concluyó que:

«Se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos, sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales –esto es, determinantes de una situación de desigualdad– sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento de (...) sino común a toda la función pública, una gratificación. Suponen, pues, una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los preceptos invocados por la Comunidad Autónoma: los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986».

El TSJG está aplicando ya esa jurisprudencia, pudiendo citarse a modo de ejemplo su sentencia de 17 de junio de 2020 (rec. 397/2019, ponente: Seoane Pesqueira), en la que, en primer lugar, declara ilegal e inaplicable un incentivo por jubilación establecido en el acuerdo regulador del personal del Concello de Padrón. Y, en segundo lugar, considera justificado el cambio de actuación de dicha Administración local para ajustarse a la legalidad, sin necesidad de modificar previamente el acuerdo regulador.

1.5 Sanción a ayuntamiento por no garantizar la calidad del agua para consumo humano de la red general municipal

El TSJG en su sentencia de 2 de octubre de 2020 (rec. 4261/2019, ponente: Recio González) confirma la sanción impuesta a un ayuntamiento por la Dirección Xeral de Saúde Pública de la Xunta de Galicia por haber realizado un inadecuado control del agua para consumo humano. La sentencia alcanza:

«(...) la conclusión de que los incumplimientos que se le imputan sí tienen justificación en los tipos legales que se han aplicado, en la forma aceptada por la sentencia apelada, por lo que no se ha vulnerado el principio de legalidad –artículo 25 CE–. Y no se aprecia la

alegada vulneración del principio de legalidad y tipicidad porque sí que existe tipificación legal de las infracciones que han sido sancionadas, en concreto en la ley 14/1986, de 25 de abril y la ley 8/2008, de 10 de julio, conductas que se concretan en el Real Decreto 140/2003 de 7 de febrero. Con respecto a las infracciones graves: se trata de falta de control exigible en el funcionamiento del servicio, artículo 35.B 2º de la Ley 14/1986 y artículo 4.2.e) de la Ley 8/2008, por dos conductas diferentes; ausencia de acreditación del laboratorio, falta de determinación de metales en las analíticas de control y falta de notificación a la autoridad sanitaria de agua no apta para consumo e infracción leve por la irregularidad sanitaria tipificada en el artículo 35.A.1 de la Ley 14/1986 y 4.1.a) de la ley 8/2008 –no disponibilidad de analíticas de control en el grifo del consumidor de la zona en el SINAC–.

Resulta así de aplicación lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto 140/2003, conforme al cual “Sin perjuicio de otra normativa que pudiera resultar de aplicación, las infracciones contra lo dispuesto en el presente Real Decreto constituirán infracción administrativa en materia de sanidad, de acuerdo con lo tipificado en el capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y serán objeto de sanción administrativa, previa la instrucción del oportuno expediente administrativo”. Contemplando la tipificación el artículo 35 de la Ley 14/1986».

Regap



2 Contratos públicos

2.1 Resolución de contrato de gestión de servicio público por situación concursal de la contratista. Prevalencia de la exención de indemnización establecida en el pliego de cláusulas administrativas

Un ayuntamiento gallego le otorgó a determinada entidad mercantil la concesión para la construcción, explotación y gestión de un aparcamiento público subterráneo por un período de 50 años. A los 15 años la contratista fue declarada judicialmente en situación de concurso voluntario de acreedores por causa fortuita y entró en fase de liquidación. Solicitó la resolución del contrato, con una indemnización de un millón y medio de euros por la parte de la inversión no amortizada, conforme al artículo 170.1 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas (vigente cuando se adjudicó el contrato), precepto en el que se disponía que: «*En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión*». El ayuntamiento se opuso al pago de la indemnización, porque en el pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas de la licitación se había establecido la siguiente cláusula genérica (habitual en este tipo de contratos): «*Terminación extraordinaria de la concesión: Además de las*

establecidas legalmente: Por disolución o quiebra de la sociedad concesionaria, sin que exista derecho a indemnización alguna».

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 1 de diciembre de 2020 (rec. 24.08/2019, ponente: Teso Gamella), confirma la desestimación de los recursos interpuestos por la contratista, considerando prevalente la referida exención indemnizatoria de los pliegos contractuales, con el siguiente razonamiento:

«(...) El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo acordado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 27 de septiembre de 2019, a la siguiente cuestión:

“si son renunciables los derechos económicos previstos en el artículo 170.1 LCAP y, en concreto, si cabe considerar como válida la renuncia a favor del concesionario del precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de la Administración, ello en virtud de lo acordado en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, en particular, cuando la concesionaria haya sido declarada en concurso; o, por el contrario, por perjudicar a terceros de buena fe, dicha cláusula es contraria al ordenamiento jurídico y por ello no puede ser aplicada”. (...).

La declaración de concurso de acreedores como causa de resolución en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque no sea culpable, es una causa de resolución contractual que en este caso no puede ser imputable a la Administración. La naturaleza del concurso y su calificación se realiza por razones específicas, y en todo caso diferentes, que se encuentran extramuros del ámbito propiamente contractual, en el que lo relevante, a juzgar por lo que dispone el artículo 170.1 de la misma Ley, que se refiere genéricamente a los “supuestos de resolución”, sin mayor precisión, es que la órbita en que se origina es la del contratista. Téngase en cuenta que cuando se regulan los efectos de la resolución, en el artículo 114, se dispone que el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. Y cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. De modo que la referencia al incumplimiento culpable del contratista, como es natural, se refiere al ámbito contractual y no las causas del concurso o la insolvencia que dieron lugar a la declaración del concurso de acreedores. (...).

Con carácter general, conviene recordar, la citada Ley 13/1995, establece, en el artículo 4 la libertad de pactos, pues “la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”.

No apreciamos en este caso la concurrencia de la excepción al principio general de libertad de pactos que regula el citado artículo 4, pues no se evidencia, ni se ponen de manifiesto solventes razones sobre el contenido de la mentada cláusula 25.1 del pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas del expresado contrato, que acrediten o que nos induzcan a considerar que resulta contraria al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. De modo que no podemos concluir en la concurrencia del vicio de invalidez de la citada cláusula 25, que pueda pulverizar el arraigado principio de la libertad de pactos.

En consecuencia, no consideramos que la cláusula antes transcrita incurra en un vicio de invalidez, cuando ambas partes contratantes, la Administración recurrida y la mercantil recurrente, mostraron su conformidad con la misma en virtud de esa libertad de pactos, y como tantas veces hemos declarado, nos encontramos ante la ley del contrato. Pero es que, además, no se aprecia el daño y perjuicio a terceros de buena fe, como serían los acreedores de la mercantil en el concurso, pues en caso contrario se introduciría una indeseable confusión entre los principios y finalidad a la que se sirven estos dos ámbitos normativos, el del concurso de acreedores y el netamente contractual.

Lo expuesto en los fundamentos anteriores nos impide considerar, como se sostiene ahora en casación, que la correcta interpretación del artículo 170.1 de tanta cita, suponga que la Administración tenga que indemnizar, con independencia de la causa de resolución, ya sea imputable al contratista, o a la propia Administración. Sin que la aplicación de la citada cláusula pueda sortearse mediante singulares interpretaciones pues expresamente se renuncia a la indemnización “por cualquier concepto, y, por tanto, al precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por el contratista, hayan de pasar a propiedad de la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para su reversión” (...).».

2.2 Licitación de servicio de cafetería en edificio público. Exclusión de dos candidatas por tratarse en realidad de la misma empresa. Facultades de investigación de la mesa de contratación. Prueba indiciaria

El TSJG, en su sentencia de 23 de octubre de 2020 (rec. 7120/2020, ponente: Fernández López), desestima el recurso promovido por una candidata que fue excluida del procedimiento de licitación del servicio de cafetería de un edificio público municipal por haber concurrido por duplicado, con dos personalidades jurídicas, de manera fraudulenta. Afirma la sentencia lo siguiente:

«(...) es posible (...) que concurran a la licitación empresas formalmente distintas y con una apariencia de personalidades jurídicas independientes que encubren, con un propósito fraudulento, una realidad unitaria. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar esa apariencia de personalidades independientes para deshacer lo ficticio y desvelar lo que son sólo sociedades “de fachada”, a través de la doctrina del “levantamiento

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

del velo” (SsTS de la Sala Primera de 22.11.00, 05.04.01, 30.07.02 y 27.09.06), de manera que, si así fuera, se tendría que entender que las ofertas presentadas por las empresas en esas circunstancias se consideren procedentes de una sola licitadora a fin de aplicar las consecuencias previstas en las normas contractuales y en los pliegos, esto es, la exclusión de ambas del procedimiento de contratación (artículo 145.3 del TRLCSP y cláusula 13.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares) (...).

(...) al final concluyó el juzgador que no se estaba en realidad en presencia de un grupo de empresas vinculadas, sino ante una sola empresa, en razón al conjunto de indicios concretados en la presentación el mismo día (con dos minutos de diferencia) de ofertas con la misma tipografía, idénticos datos de contacto, mismo socio único, administrador único y representante legal y existencia de un despacho de ejecución judicial contra ambas empresas en términos de responsabilidad solidaria, de cuyas resultas concluyó que una persona física realizó dos ofertas en el mismo procedimiento, aunque bajo el ropaje formal de dos personas jurídicas aparentemente diferenciadas, lo que se reforzó por el hecho de que, tras obtener una de ellas la mejor puntuación por haber ofrecido la mejor oferta, dejó decaer su derecho escudada en un problema burocrático, lo que iba a dejar a la segunda en la posición de ser adjudicataria.

También se atuvo la sentencia apelada a la conclusión a que llegó la STJUE de 17.05.18, asunto C-531/16, que interpretó lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, para concluir que el órgano de contratación, cuando disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos licitadores, está obligado a verificar si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes, de modo que si se demuestra que no lo son, no se les puede adjudicar el contrato a los licitadores que presentaron tal oferta. Tal conclusión no impidió que esa sentencia reconociera que el Derecho de la Unión Europea no contemplaba una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí pudieran presentar ofertas, que no podían ser coordinadas o concertadas, sino diferentes y autónomas, lo que se podía acreditar con pruebas directas, pero también por indicios que constatasen que los vínculos entre las licitadoras habían influido en el contenido de sus ofertas.

Pues bien, en este caso el órgano de contratación (...), intentó averiguar la relación que existía entre las dos empresas que habían obtenido la mejor puntuación, de cuyas resultas acordó excluir a la que quedaba (la otra se había apartado cuando se le notificó la adjudicación del contrato), tras examinar el conjunto de pruebas que tuvo a su disposición, que ya se comprende que no podían ser directas, pues si existía algún tipo de propósito fraudulento, tratarían de ocultarlo; por el contrario, llegó a la conclusión de que sí existió esa anomalía a partir de pruebas indiciarias, esto es, por las presunciones a que se llega a partir de un hecho cierto del que se pueda inferir una consecuencia coherente, razonable y no arbitraria (SsTS de 19.03.01 y 03.12.01), lo que esta sala comparte, en primer lugar, por las coincidencias a que hizo referencia el juzgador de instancia, pero también por la actuación posterior de la empresa que quedó en primer lugar (en realidad la de su único socio y administrador, que era el mismo que el de la segunda empresa), que renunció a

celebrar el contrato adjudicado, en el que ofertó un canon más oneroso que el que ofertó para su segunda empresa, con la consecuencia de que se aseguraba la adjudicación en segunda vuelta, pero con una menor onerosidad, esto es, con mayor beneficio (...), lo que prueba que la relación entre ambas tuvo una incidencia determinante en la licitación.

Pero esa realidad económica unitaria, presidida por la actuación coordinada y conjunta de dos empresas formalmente diferenciadas y con su propia personalidad jurídica (pero con un único e idéntico socio y administrador), se hizo también evidente con la condena solidaria al pago de los salarios debidos a los trabajadores de una de ellas, sobre lo que se ha pronunciado en extenso la jurisprudencia del orden social, de la que son sólo un ejemplo las SsTS de 24.07.89, 22.01.90, 30.01.90, 03.05.90, 30.06.93, 29.01.98, 04.12.02 y 10.06.08».

3 Corporaciones profesionales

3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colegial por un no colegiado

La Comisión de Transparencia de Galicia obligó al Colegio Oficial de Enfermería de Ourense a permitirle a un no colegiado el acceso a las actas de los dos últimos procesos electorales a la Junta Colegial. El colegio impugnó dicha decisión ante el TSJG, el cual desestimó el recurso en su sentencia de 24 de julio de 2020 (rec. 4130/2019, ponente: Martínez Quintanar). En ella se analiza la naturaleza jurídica de estas corporaciones profesionales, su control jurisdiccional y su vinculación por el principio de transparencia aplicable al sector público, con las siguientes conclusiones:

«(...) todo lo relativo al régimen electoral de los Colegios Profesionales cae bajo la órbita del derecho administrativo, y subsiguiente control contencioso-administrativo. Por ello, la invocación del carácter privado de parte de la actividad colegial no es argumento que invalide la resolución impugnada, que reconoce el derecho de acceso a las actas derivadas de los dos últimos procesos electorales, desde la convocatoria hasta la toma de posesión, y la fecha de inscripción en el Registro de Colegios Profesionales correspondiente de la composición de cada una de las Juntas de Gobierno. Todo aquello que no se refiera a los datos derivados del proceso electoral y la inscripción registral de la composición de las Juntas, si estuviese documentado en el mismo soporte, podrá ser excluido del acceso, correspondiendo al colegio la desagregación de esos otros contenidos o acuerdos de naturaleza privada que, en su caso, pudieran estar incorporados a las actas, acuerdos a los que, por lo demás, solo alude de forma genérica, sin que se le haya justificado a la Comisión de Transparencia la existencia efectiva de acuerdos relativos a la actividad privada del Colegio.(...).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Una vez aclarado que el objeto de la solicitud de acceso a la información pública venía referido a una documentación de una parcela de actividad del ente colegial de naturaleza administrativa, la aplicabilidad de las disposiciones sobre transparencia contenidas en el Título I de la Ley 19/2013 al Colegio Oficial de Enfermería no ofrece duda, ya que el artículo 2.1.e) de dicha ley establece que se aplicarán a las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. En el mismo sentido, la ley gallega 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno, establece su aplicabilidad a las corporaciones de derecho público que desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, en lo relativo a sus actividades sujetas a derecho administrativo.

La aplicabilidad de estas leyes no se puede soslayar con el argumento utilizado por el colegio demandante, relativo a la existencia de un régimen específico regulador del procedimiento electoral en el colegio y un régimen legal específico en materia de transparencia (artículos 10 y 11 de la Ley 2/1974). Es cierto que la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 establece que “Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”. Pero la Ley 2/1974 no contiene una regulación del derecho de acceso a la información, sino tan solo previsiones procedimentales y en relación al régimen de publicidad activa (...).

La Ley 19/2013 diferencia las obligaciones de publicidad activa (a las que se dedica el Capítulo II, artículos 5 a 11), del derecho de acceso a la información pública (a la que se dedica el Capítulo III, artículos 12 a 24), comprendiendo la regulación del propio concepto de información pública, de los límites del derecho de acceso y la forma de ejercicio, regulando aspectos variados tales como el contenido de la solicitud, las causas de inadmisión, la tramitación, el contenido de la resolución, la formalización del acceso, el régimen de impugnaciones. El artículo 11 la Ley 2/1974 es ajeno a la regulación de estos aspectos del derecho de información pública, que no se encuentran regulados ni en la Ley 2/1974 ni en otras normas específicas referidas al colegio profesional recurrente. Debe aclararse además que una cosa es la regulación del procedimiento electoral y otra distinta la del derecho de acceso a la documentación de ese proceso, subsumible dentro del concepto de información pública. A este respecto en la contestación a la demanda se invoca el criterio interpretativo 8/2015 de 12 de noviembre, del Consejo de Transparencia y buen Gobierno, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, al entender que la misma: “vincula la aplicación supletoria de la Ley 19/2013 a la existencia de una norma específica que prevea y regule un régimen de acceso a la información, también específico. En consecuencia, sólo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la LTAIBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias. En opinión del Consejo, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan

en cuenta las características de la información que se solicita, delimite los legitimados a acceder a la misma, prevea condiciones de acceso, etc. Por ello, sólo cuando la norma en cuestión contenga una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente otros trámites o aspectos del procedimiento, podrá considerarse a la LTAIBG como supletoria en todo lo relacionado con dicho acceso.

La interpretación contraria conduciría, adicionalmente, al absurdo de que sectores enteros de la actividad pública o determinados órganos territoriales quedaran exceptuados de la aplicación del régimen de acceso previsto en la LTAIBG, siendo ésta, como es, una ley básica y de general aplicación. En definitiva, solamente aquellos sectores u órganos que cuenten con una norma normativa que prevea un régimen específico de acceso a la información que los redactores de la LTAIBG han entendido necesario preservar, aplicarán directamente dicho régimen y siempre con esta última como norma supletoria”.

Procede asumir este criterio interpretativo, a la vista de la doctrina jurisprudencial fijada recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11.06.2020, n. recurso 577/2019, n. resolución 748/2020 (...)».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3.2 Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obligatorio de proyectos técnicos

El TSJG, en su sentencia de 27 de julio de 2020 (rec. 4031/2019, ponente: Recio González), desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Junta General del Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia (COAG) de 2016 aprobatorio de la “Guía de tramitación de trabajos profesionales”. Analiza pormenorizadamente la naturaleza y el régimen jurídico del visado colegial, concluyendo la legalidad de las tarifas establecidas en dicha guía por el visado obligatorio de los proyectos técnicos:

«En conclusión, y tal y como resulta del informe aportado:

Al visar un proyecto se comprueba que incluya todos los documentos, suscritos por técnico identificado y habilitado para ello, requeridos legalmente. Para constatar que un documento lo es realmente se comprueba que incluya el contenido exigido reglamentariamente y que tal contenido concuerde con los de otros documentos. Esta comprobación requiere de una supervisión técnica en tanto en cuanto se precisan de conocimientos técnicos para entender el contenido de los documentos, especialmente por cuanto el contenido reglamentario a incluir puede ubicarse en distintos documentos, ya que no siempre la norma es rígida al respecto.

En la supervisión se realiza un control 100% de ciertos contenidos, especialmente los que atañen a la seguridad de las personas, y otros se controlan por muestra, especialmente los de cotejo o concordancia, no siendo objeto de control los contenidos no determinados por la legislación aplicable ni los facultativos. Se atiende a la seguridad de las personas. Pero no hay fiscalización de la Lex Artis del técnico redactor del proyecto. Ello precisa

de la necesidad de Arquitectos al efecto en el COAG y correlativa responsabilidad que la labor de visado por el Arquitecto Colegial genera para el COAG, que implica un coste de aseguramiento, como dispone el transcrito artículo 13.

Y en contra de lo afirmado por la parte apelante, el COAG tutela la integridad física y la seguridad de las personas por exigencia legal y por ello responde subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido de ser puestos de manifiesto por el Colegio y que guarden relación directa con los elementos objeto de este visado, si bien no responderá de los defectos que guarden relación con la Lex Artis, elemento que no es objeto de visado.

Con relación al carácter abusivo del sistema de cálculo del precio de visado, lo sería de no utilizar como referencia primera el coste del servicio de visado (coste del servicio integrado no solo por el visado obligatorio sino también por el visado voluntario de ofrecimiento obligatorio por el COAG). Y aclara que no se financia el COAG, sino que se financia el servicio de visado legalmente exigido al COAG, tratándose de un mercado de libre competencia.

La parte apelante, para demostrar su carácter abusivo, acude a determinadas simulaciones; pero ha de diferenciarse el visado y el control municipal mediante las licencias, en que se impone una tasa –para la determinación de su importe, sí que se tiene en cuenta la superficie–.

Y en cuanto a la diferenciación Proyecto Básico – Proyecto de Ejecución, se aclara que lo sujeto legalmente a visado es solo el Proyecto de Ejecución, lo que ocurre es que, junto a los documentos exigibles con carácter mínimo a un proyecto básico, los colegiados muchas veces incluyen ya los exigidos en el Proyecto de Ejecución.

Por consecuencia de lo expuesto, lo que resulta del examen de las actuaciones es que ambas partes aportan sus respectivos informes, pero de lo que se trata es de que es la parte actora la que ha de acreditar lo extremos que sostiene en impugnación de la Guía recurrida, y de la lectura del informe de la parte apelada resulta que se ofrece una explicación razonable que avala la legalidad de la misma. Tratándose de un sistema que se aplica por igual a todos, no se puede considerar que discrimine ni ponga trabas a los profesionales (...)».

4 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19)

4.1 Restricciones a los derechos de reunión y circulación

El TSJG, en varios autos de 23 de octubre de 2020 (recs. 7427/2020, 7428/2020 y 7429/2020), ratifica, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.8 de la Ley jurisdiccional

29/1998 (modificado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre), las “medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19” adoptadas por la Xunta de Galicia en sucesivos órdenes de 21 de octubre de 2020 (DOG 212-bis de 21.10.2020), consistentes en la limitación del número máximo de personas no convivientes que se pueden reunir en espacios públicos o privados, así como en restricciones de movilidad (confinamientos perimetrales), con esta motivación:

«Las medidas sanitarias a que se refiere la solicitud implican la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental que indica la autoridad sanitaria que solicita la intervención del órgano judicial; y tienen amparo en las leyes que fundamentan la solicitud. La solicitud está justificada en el informe que la acompaña, y fue informada favorablemente por el Ministerio Fiscal.»

Resulta que las medidas solicitadas son idóneas para la prevención y protección de la salud de la población a que van destinadas; necesarias dada la constatación de una situación de peligro actual y real para la salud de los ciudadanos; y proporcionadas ponderando los diferentes intereses en conflicto».

4.2 Reglas sobre el uso de mascarillas en playas, piscinas y establecimientos de hostelería. Desestimación de suspensión cautelar

El auto del TSJG de 31 de agosto de 2020 (rec. 7276/2020) desestima la solicitud de suspensión cautelar de la resolución de 17 de julio de 2020 de la Xunta de Galicia sobre el uso de mascarillas en dichos lugares, con estos argumentos:

«(...) no se puede olvidar que estas medidas, junto con las demás que se incluyen en el acuerdo impugnado, han sido adoptadas en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional, y en donde el uso de la mascarilla forma parte de un conjunto integral de medidas de prevención y control que pueden limitar la propagación de determinadas enfermedades respiratorias causadas por virus, en particular la COVID-19.»

Tal como se dice en su exposición de motivos del Acuerdo objeto de recurso, el uso generalizado de la mascarilla está demostrándose como una de las medidas más eficaces para prevenir la transmisión de la enfermedad, por lo que resulta necesario reforzar su utilización, ampliando los supuestos en que su uso resulta obligatorio, con el fin de evitar, especialmente, que las personas asintomáticas que no conocen su condición de portadoras de la infección procedan a su transmisión.

Sirve también, como se dice en las Recomendaciones sobre el uso de mascarilla en el contexto de la COVID-19 de la OMS (Orientaciones provisionales 5 de junio de 2020) para proteger a las personas sanas (cuando estas las emplean al entrar en contacto con

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

una persona infectada) o para el control de fuentes (si una persona infectada la utiliza para no contagiar a otros).

Más recientemente, en las Consideraciones para la cuarentena de los contactos de casos de COVID-19 Orientaciones provisionales 19 de agosto de 2020, bajo el apartado de “Medidas de prevención y control de infecciones”, se dice que “Para prevenir eficazmente la transmisión de la COVID-19 en las zonas con transmisión comunitaria, los gobiernos deberían alentar a la población general a utilizar mascarillas en situaciones y contextos específicos, como en el transporte público, en las tiendas o en otros entornos cerrados o concurridos, como parte de un enfoque integral para suprimir la transmisión del SARS-CoV-2”.

En este ámbito de prevención sanitaria no puede extrañar la adopción de medidas que hagan obligatorio el uso de mascarilla en espacios públicos, como son los accesos, desplazamientos y paseos en las playas y piscinas, y en los establecimientos de hostelería y restauración, aunque se pueda garantizar la distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros.

El actor pretende eludir tal imposición bajo el argumento de que se haría casi imposible el cumplimiento de las normas de uso correcto de las mascarillas establecidas por las OMS y el Ministerio de Sanidad (asearse las manos antes de ponerse la mascarilla; y después de quitarse la mascarilla o siempre que se la toque sin querer mientras se la lleva puesta, limpiarse las manos con una solución alcohólica o lavárselas con agua y jabón si se han ensuciado), omitiendo con ello los siguientes aspectos:

- 1.- Lo que considera normas, son en realidad recomendaciones de un uso correcto de la mascarilla.*
- 2.- Los “posibles” riesgos para la salud por el uso de la mascarilla, y los “inconvenientes probables” del uso de mascarillas por personas sanas del público general, se recogen en el documento de Recomendaciones de la OMS sobre el uso de mascarilla en el contexto de la COVID-19.*

Pero estos “inconvenientes probables” están asociados a un uso incorrecto de la mascarilla (tocamiento de los ojos con las manos contaminadas, no cambiar una mascarilla que se ha humedecido o ensuciado, el tipo de mascarilla usada, el uso de las mascarillas durante muchas horas, etc. ...).

- 3.- El actor, para concluir que existe un riesgo para la salud derivado del casi imposible cumplimiento de las normas de uso de las mascarillas, se sitúa en unos escenarios de incumplimiento, dando por hecho, como dice la letrada de la Xunta de Galicia, un comportamiento irresponsable de la población. Sin embargo, una incorrecta manipulación de la mascarilla o dejarla abandonada en la playa, son acciones que quedan a merced de la mayor o menor diligencia, y, por tanto, del mayor o menor cuidado con el que actúe cada*

persona, de manera que el riesgo para la salud deriva de su propio comportamiento, y no de una medida de carácter sanitario que está llamada a cumplir una finalidad preventiva.

Desde luego lo que no puede prevalecer en esta labor de valoración de los intereses enfrentados, es el interés particular de quien sufre una incomodidad en el uso de la mascarilla frente al interés público cuya salvaguarda subyace en la obligación de su uso. Esa incomodidad en modo alguno puede justificar la no aplicación de una medida de carácter sanitario que ha sido adoptada en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional.

Por último, en cuanto a que la Orden de 12 de agosto de la Consellería de Sanidad, sobre modificación de determinadas medidas de prevención, refuerzan la argumentación del actor para la adopción de las medidas cautelares solicitadas, esta Sala no llega a la misma conclusión, pues el riesgo para la salud lo será en el caso de un incorrecto uso o manipulación de la mascarilla. La orden de 1 de agosto de 2020 no dice que la manipulación de una mascarilla constituya un peligro o riesgo para la salud pública.

La expresión “son riesgos asociados al acto de fumar y vapear la manipulación de la mascarilla de protección (...)” ha de interpretarse en el contexto en el que se inserta, y lo es en el de la recomendación de evitar el consumo de tabaco y asociados, en ambientes comunitarios y sociales. Y es que, tal como se dice en la exposición de motivos de la citada Orden, el acto de fumar y vapear implica necesariamente la manipulación de la mascarilla de protección, el contacto repetitivo de los dedos con la boca tras tocar productos o utensilios que podrían actuar como fómite (transmisor inanimado) del virus, la expulsión de gotitas respiratorias que pueden contener carga viral y ser altamente contagiosas, y un factor de relajación de la distancia social de seguridad. Todos estos factores, en su conjunto, suponen un riesgo para la salud pública, y para el propio consumidor de tabaco y asociados, pero no el uso de la mascarilla».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

4.3 Régimen sancionador. El incumplimiento de las restricciones de circulación impuestas en el primer estado de alarma no constituye infracción de “desobediencia a la autoridad”. Vulneración del principio de tipicidad

Desde la entrada en vigor del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, declarativo del primer estado de alarma de la pandemia de coronavirus, se plantearon serias dudas sobre el régimen sancionador aplicable a los incumplimientos de las limitaciones de circulación establecidas en su artículo 7. La Abogacía General del Estado intentó aclararlas en su Dictamen (facultativo y no vinculante) de 2 de abril de 2020 “sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por el incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma”. En él se concluye en primer lugar que: “el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado

automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento". En segundo lugar, que dicho incumplimiento tampoco encaja de manera clara en el régimen sancionador de la normativa sectorial estatal de protección civil. Y, en tercer y último lugar, que, dado que las limitaciones del artículo 7 RD 463/2020 tienen una *"finalidad claramente vinculada a la protección de la salud pública"*, es posible *"calificar los incumplimientos de dicho precepto, sin forzar la aplicación de la norma, como infracciones de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública"*.

Pese a ello, la Administración del Estado, a través de sus distintas subdelegaciones del Gobierno, procedió a sancionar directamente esos comportamientos como infracciones del artículo 36.6 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana –LOPSC– (desobediencia a la autoridad) sin necesidad de previo requerimiento de cese en el incumplimiento.

En la Comunidad Autónoma de Galicia la primera sentencia sobre esta controversia la dictó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo en fecha 9 de octubre de 2020 (proc. abrev. 170/2020 ponente: Amboage López), concluyendo la vulneración del principio de tipicidad y anulando en consecuencia la multa impugnada. Luego le siguió el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Vigo, con sus sentencias de 19 y 27 de octubre de 2020 (procs. abrevs. 144/2020 y 160/2020, ponente: Fernández Barrio), dictadas en el mismo sentido. En la ciudad de Lugo se ha pronunciado ya el Juzgado Contencioso-Administrativo n. 1, en su sentencia de 19 de noviembre de 2020 (proc. abrev. 180/2020, ponente: Díaz Sánchez), revocatoria de la multa impugnada. Y en la de Pontevedra sus Juzgados Contencioso-Administrativo n. 3, en sentencia de 11 de noviembre de 2020 (proc. abrev. 167/2020, ponente: López López), y n. 1, en sentencia de 24 de noviembre de 2020 (proc. abrev. 210/2020, ponente: Cominges Cáceres), también anulatorias. En la última de ellas, tras analizarse los principios de legalidad y tipicidad del procedimiento sancionador, así como la naturaleza de las restricciones impuestas y los preceptos en conflicto, se realizan las siguientes consideraciones de interés:

«(...) En el período de referencia las limitaciones de circulación habían sido establecidas por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. Pero no mediante un mandato individualizado comunicado a las cinco personas aquí recurrentes inmediatamente antes del supuesto incumplimiento, sino por una disposición de carácter general (con valor material de ley) dirigida de manera genérica a toda la población de España, con una vigencia que se prolongaría durante varios meses.

Se reitera la relevancia de discernir la naturaleza jurídica de "acto administrativo" o de "disposición de carácter general" (de rango legal o reglamentario, es indiferente), del mandato cuyo incumplimiento se pretende sancionar. Y se insiste en que por el cauce de la "desobediencia a la autoridad" tipificado en la LOPSC no se puede castigar la mera

inobservancia de disposiciones generales. Esa práctica, sin lugar a duda, vulnera los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica consagrados en nuestra Constitución, principios anudados a un derecho fundamental (art. 25 CE) que no se suspendió durante el estado de alarma.

Tampoco se puede olvidar que la infracción de “desobediencia a la autoridad” debe interpretarse y aplicarse en el contexto y para los fines de la concreta Ley en la que se inserta, la LOPSC, como ya se precisaba en el artículo 26.h) de la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Acierta plenamente la Abogada General del Estado en su Dictamen de 2 de abril de 2020 cuando concluye que las limitaciones de circulación establecidas en el artículo 7 del RD 463/2020 guardan un vínculo mucho más estrecho con la finalidad de protección de la salud ínsita a la normativa sectorial sanitaria (artículo 27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), que con la de protección de la seguridad ciudadana (artículo 3 de la LOPSC), disponiendo la primera de su propio régimen sancionador, cuya aplicación compete principalmente a la Administración de las Comunidades Autónomas. (...)

El mencionado principio de tipicidad proscribiera tanto la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones, como su interpretación extensiva (artículo 27.4 Ley 40/2015 –LRJSP–).

Existían varias alternativas, viables, sencillas, que habrían permitido aplicar un régimen sancionador adecuado a esos incumplimientos, garantizando la función de “prevención general” necesaria para afrontar la pandemia, con seguridad jurídica y sin violentar nuestro estado de Derecho:

La primera, y más sencilla, estableciendo un régimen sancionador específico sobre el incumplimiento del confinamiento sanitario. Un amplio sector de la doctrina considera que en el propio Real Decreto del Estado de Alarma se podrían haber definido con precisión las infracciones y sanciones. Con independencia de ello, sin género de dudas se pudo establecer mediante Real Decreto-Ley. Fue precisamente lo que hizo el Gobierno más adelante. Dictó el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, en cuyos artículos 31 y ss. clarificó el régimen sancionador del incumplimiento de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria, remitiéndose a las normativas sanitaria y de prevención de riesgos laborales, y clarificando por ejemplo la tipificación de la infracción y sanción por el incumplimiento de la obligación de llevar mascarilla en la vía pública (infracción leve, multa de 100 euros).

También lo han hecho los gobiernos de varias comunidades autónomas, como el de la Valenciana, con su Decreto-ley 11/2020, de 24 de julio, en el que tipificó como infracción leve (artículo 5.5): “El incumplimiento de una orden general de confinamiento decretado”. Y como grave (artículo 6.8) “El incumplimiento del deber de aislamiento domiciliario acordado por la autoridad sanitaria competente o, en su caso, del confinamiento decretado, realizado por personas que hayan dado positivo en COVID-19”. O el de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

la Comunidad de Navarra, mediante su Decreto-ley Foral 9/2020, de 16 de septiembre, en el que tipificó como infracción leve: “El incumplimiento de una orden general de confinamiento decretado por la autoridad sanitaria competente”.

Obsérvese que en ninguna de estas tres regulaciones de urgencia se identifica el incumplimiento de las limitaciones del confinamiento general (ordenado por la autoridad competente) con la infracción genérica de “desobediencia a la autoridad” tipificada en el artículo 36.6 LOPSC. Y que en las tres (incluido el RD Ley estatal) se le atribuye la competencia para su sanción a las comunidades autónomas o a los ayuntamientos (dada su vinculación con la normativa sectorial de protección de la salud), y no a la Administración del Estado (al quedar descartada su conexión con la “seguridad ciudadana”).

Con toda evidencia se puede concluir que en los meses de marzo a junio de 2020 la Administración del Estado, pese a las advertencias en contra de la Abogada General del Estado, decidió proceder a sancionar por sí misma los incumplimientos de las limitaciones del confinamiento general, identificándolos de manera artificiosa y manifiestamente inadecuada con el tipo infractor de “desobediencia a la autoridad” de la LOPSC, por razones de “oportunidad” y “eficacia”, para no derivar esos expedientes a las Administraciones autonómicas, en las que realmente recaía y recae la competencia para sancionar infracciones en materia sanitaria. Al hacerlo así vulneró, como se ha dicho, el derecho fundamental reconocido en el artículo 25 de la Constitución, cuya vigencia no se suspendió con el estado de alarma (...)».

5 Medio ambiente y urbanismo

5.1 Ordenación del territorio. Parques eólicos. Proyecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espacios protegidos de Os Ancares – O Courel. Caducidad del proyecto primitivo y de su declaración de impacto ambiental

El TSJG (secc. 3ª), en tres sentencias de fecha 11 de diciembre de 2020 (recs. 7429/2019, 7342/2019 y 7478/2019, ponente: Cambón García, incluyen voto particular), estima los recursos interpuestos por varias asociaciones ecologistas contra un acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 2019 de modificación del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico Serra do Oribio, situado en la Zona Especial de Conservación (ZEC) Os Ancares – O Courel, en la provincia de Lugo.

Las sentencias, tras incidir en el especial valor medioambiental de la zona en la que se pretendía actuar, concluye apreciando la caducidad del proyecto primitivo y de su declaración de impacto ambiental (DIA), lo que en la práctica conlleva la imposibilidad de aprobar su modificación, ya que: «en dicha área no están permitidos los parques eólicos, excepto la repotenciación de los ya existentes, conforme al Plan Director

da Rede Natura, Decreto da Xunta 37/2014, de 27 de marzo». Incide así la sentencia, en su apartado final de conclusiones, en que:

«(...) el proyecto 2007-2009 estaba caducado, al no poder considerarse, por requerir en esencia un límite temporal, como una concesión “sine die”, “ad perpetuam” o “eterna”, proscrita en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que se extinguió por el transcurso de los 12 meses desde la ocupación o disposición de los terrenos, a lo que no obsta que, en 2019, hubiesen adquirido por escasa entidad para los nuevos viarios o cambios de emplazamiento, cuando para el proyecto 2007-2009 ya se disponía de los terrenos precisos para su instalación, además de haber caducado por el transcurso, sin iniciarse, de los 5 años de la legislación estatal, de aplicación analógica y supletoria, dado el vacío en la legislación gallega; porque la DIA de 2005 resulta obsoleta para amparar la evaluación ambiental del proyecto modificado de 2018, por los múltiples y variados cambios legislativos y de catalogaciones de especial protección del terreno, no pudiendo entenderse validada, por una prospección vía informes gubernativos; y, en todo caso y, porque se autoriza un P.E. en Rede Natura 2000, lo que constituye un uso o actividad prohibida por Decreto de 27.3.2014, sin que el P.E. de Oribio pueda considerarse “existente” para su excepcional autorización, por cuanto que no se había comenzado a ejecutar el de 2007-2009, no estando en explotación, ni instaladas aerogeneradores, sin que pueda “modificarse” lo que no existe, debiendo interpretarse por restrictivamente las excepciones, mayormente en supuesto de repercusión en terreno con tan altos niveles de protección, toda vez que conforme a la C.E. y Directivas Comunitarias prevalece el valor medioambiental sobre el uso o desarrollo industrial; los preceptos del Título Preliminar del C. Civil, sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 3 a 7) fundamentan la prevalencia del uso medioambiental en suelos como la Serra de Oribio sobre el prohibido (salvo la restrictiva excepción de una favorable actualización de los existentes) uso industrial como Parque Eólico; estando ante un parque inexistente en la realidad física y material en 2014 y con un proyecto caducado por el transcurso de 12 meses sin procederse a su instalación desde la ocupación de los terrenos, que la propia resolución de 2007 que autorizó el proyecto de P.E. de Oribio consideró, entre otros motivos para su aprobación, la disposición del suelo por acuerdo con los propietarios».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

5.2 Planeamiento. Nulidad de plan general de ordenación municipal por omisión de evaluación ambiental estratégica

El TS, en su sentencia de 21 de octubre de 2020 (rec. 6925/2018, ponente: Fernández Valverde), confirma la declaración de nulidad total del Plan General de Ordenación Municipal de Muxía (aprobado en 2016), por haber omitido en su tramitación, sin suficiente justificación, la preceptiva evaluación ambiental estratégica. Afirma el TS en esta sentencia que:

«(...) Debemos, por tanto, ratificar las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia, no resultando posible, en la forma realizada –esto es, mediante la declaración de inactividad– excluir de la evaluación ambiental de un municipio con evidentes y declarados

valores ambientales sin la realización de un Informe de sostenibilidad ambiental, sin las necesarias consultas y sin Memoria ambiental, para conocer la realidad de la evaluable.

El Decreto 37/2014, de 27 de marzo, de la Xunta de Galicia, por el que se declaran zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria de Galicia y se aprueba el Plan director de la Red Natura 2000 de Galicia, resulta bien expresivo en relación con Muxía; en su Anexo I se reseñan las Zonas especiales de conservación (ZEC) de Galicia, atendiendo a los requerimientos del artículo 44 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, incluyendo la información sobre los límites geográficos de las ZEC de Galicia, sus tipos de hábitats del anexo I y las especies del anexo II de la Directiva 92/43/CEE, traspuestos a nuestro ordenamiento jurídico a través de los anexos I y II de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre. Pues bien, la número 5 es la ZEC COSTA DA MORTE (ES1110005) pudiendo observarse como su ámbito se extiende prácticamente a todo lo largo de la costa del término municipal. Por otra parte, en el Plan director de la Red Natura 2000 se señalan, apartado 2, las Zonas de especial protección para las aves (ZEPA), figurando entre las mismas la ES0000176 Costa da Morte (Norte) e integrada, por tanto, en la citada Red Natura 2000.

Por todo ello, acierta la Sala de instancia cuando procede a la anulación del PGOU de Muxía por la previa falta de acreditación y suficiencia de la declaración de inviabilidad medioambiental».

5.3 Modificación del Plan especial de protección y rehabilitación de la ciudad histórica de Santiago de Compostela para prohibir el destino de viviendas a alojamientos turísticos temporales. Necesidad de tramitar una segunda información pública tras la introducción de modificaciones sustanciales

La sentencia del TSJG de 19 de octubre de 2020 (rec. 4031/2019, ponente: Recio González) analiza la resolución del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 2018 que aprobó una modificación puntual del Plan especial de protección y rehabilitación de la ciudad histórica para restringir el uso de viviendas como alojamientos turísticos temporales.

El TSJG considera que dicha restricción se motivó debidamente (“asegurar la preservación de la ciudad histórica como lugar de residencia” con el objetivo de “detener el proceso de vaciamiento residencial que supone, de facto, la proliferación de los alojamientos turísticos, que sustituyen población permanente por población flotante, amenazando así la protección de la ciudad histórica como ciudad viva y habitada”). También que se corresponde con los fines de la potestad urbanística de planeamiento y no incurre en desviación de poder. Pero estima en parte el recurso y anula la resolución impugnada al apreciar un defecto de procedimiento: la omisión de un segundo trámite de información pública antes de la aprobación definitiva, al haberse introducido en el documento modificaciones sustanciales tras la primera información pública.

5.4 Licencias urbanísticas. Es posible obtenerlas por silencio administrativo positivo en ejecución de un plan general viciado de nulidad de pleno derecho

Sobre el régimen del silencio administrativo aplicable a las licencias urbanísticas, el TS (secc. 5^a) había establecido una reiterada y consolidada jurisprudencia conforme a la cual: «*no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística*» (SS TS 28.01.2009 –rec. 45/2007–; 25.03.2011 –rec. 745/2007–; 29.09.2013 –rec. 3593/2011–; 06.02.2017 –rec. 1741/2014–, etc.). Lo que en la práctica conllevaba la imposibilidad de obtener por silencio administrativo una licencia viciada de nulidad, o de anulabilidad.

Sin embargo, en su reciente sentencia de 14 de diciembre de 2020 (rec. 7929/2019, ponente: Huet de Sande), aplicando normativa de idéntico contenido, modifica ese criterio jurisprudencial, concluyendo que:

«1º.- El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado poco después por sentencia judicial firme, legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo siempre que la licencia fuera conforme con dicho planeamiento posteriormente anulado.

2º.- La declaración de nulidad de un plan general de ordenación municipal no comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que sean anteriores a que la anulación de dicha norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza, también en los casos en los que estos actos se hayan producido por silencio positivo».

El criterio “1º” es muy innovador porque en puridad conllevaría asumir que un vicio formal que hasta ahora se calificaba de nulidad de pleno derecho (y que por tanto afectaba al plan general desde el momento mismo en el que se aprobó, contaminando sus actos de ejecución) no se transmite al escalón de las licencias urbanísticas. El concepto del silencio administrativo en esta materia es independiente y ajeno al de la intangibilidad de los actos firmes dictados en ejecución de una disposición declarada nula. Para ser “firme”, primero tiene que producirse el silencio positivo. Hasta esta sentencia no se podían obtener por silencio positivo licencias *contra legem*. Una licencia concedida al amparo de un plan viciado de nulidad plena es, sin duda, *contra legem*. Ahora el TS admite la tesis contraria a su jurisprudencia consolidada. Según esta sentencia ya es posible obtener por silencio licencias *contra legem*.

Tampoco deja de llamar la atención su segunda conclusión, sobre la intangibilidad de los actos firmes, porque el inicio del plazo para que terceros afectados o los que ejerzan la acción pública urbanística puedan impugnar las licencias obtenidas por silencio positivo requiere de su previo reconocimiento en resolución administrativa expresa con pie de recursos (además ese plazo se extiende en Galicia a un período de seis años tras la total terminación de la obra).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

En cualquier caso, esta novedad tendrá en principio escasa repercusión práctica (más allá de en el asunto que resuelve), toda vez que, en virtud del Real decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (artículo 23), se estableció el silencio negativo, en todo caso, para las solicitudes de licencia de obras de edificaciones de nueva planta. Ese precepto del RD Ley fue luego derogado por la Ley 8/2013 de 26 de junio. Pero esta a su vez introdujo una nueva disposición en el Texto refundido de la Ley de suelo de 2008 (RD Leg. 2/2008), el artículo 9.8, manteniendo el mismo «silencio negativo» para las obras de nueva planta. Régimen que se reproduce en el artículo 11.4 del Texto refundido de la Ley de suelo vigente en la actualidad, aprobado por Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

5.5 Licencia de parcelación en urbanización privada. No se puede otorgar si las parcelas resultantes no dan frente directo a vía pública

El TSJG, en su sentencia de 6 de octubre de 2020 (rec. 4197/2018, ponente: Díaz Casales), confirma la denegación de una licencia de parcelación solicitada para una finca situada en la isla de Toralla por carecer las parcelas resultantes de acceso directo a la vía pública (se trata de una urbanización con viales interiores privados). La sentencia analiza pormenorizadamente la legislación aplicable a este supuesto, concluyendo que la solicitud de licencia ha de regirse por la normativa vigente en el momento de la resolución. Concluye también que no se puede conceder la licencia de parcelación si los predios resultantes de la parcelación no pueden cumplir la condición de solar. Y que en Galicia tal condición requiere del acceso directo a vial de titularidad pública, requisito que no cumplen las parcelas de la zona residencial de la isla de Toralla.

5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La APLU dispone de plazo ilimitado para poder ordenar su demolición. Imprescriptibilidad de la servidumbre

La sentencia del TS de 2 de diciembre de 2020 (rec. 7404/2019, ponente: Fernández Valverde, con voto particular de Borrego Borrego) ratifica la jurisprudencia del Alto Tribunal que interpreta la modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, en el sentido de que permite a la Administración autonómica (APLU) reaccionar en cualquier momento (sin plazo de perención) frente a las obras ejecutadas ilegalmente en zona de servidumbre de protección de costas, aun en el caso de que se hubiese dictado años atrás una orden de demolición anulada judicialmente por motivos formales. Afirma así el Alto Tribunal que:

«(...) la previa resolución –sancionadora y de reposición de la legalidad– dictada por la Administración General del Estado en 1990 –y luego anulada en vía jurisdiccional en 1994–, no puede ser óbice para que la Administración autonómica competente pueda

–en 2016– dictar resolución con el objeto de obligar a los recurrentes a la reposición de la legalidad alterada.

Debemos insistir, pues de ello va a derivar lo que digamos a continuación, la doctrina contenida en la STS 1194/2018, de 11 de julio (RC 953/2017), en la que, simplemente, introduciremos la matización derivada del supuesto concreto en el que nos encontramos. En síntesis, dijimos en la STS de referencia, lo siguiente, estableciendo una doctrina que es aceptada por las partes:

1º. Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas –de la costa, en este caso– al estado anterior al momento de la comisión de una infracción prevista en la LC –bien como consecuencia de una condena penal o bien de una sanción administrativa–, está prevista y contemplada en la citada LC desde 1988 y –la citada obligación– no se ha visto alterada por la modificación introducida en la misma por la LMLC de 2013, sin que de esta regulación se derive novedad alguna, sobre el particular que de ella nos ocupa.

2º. Que, impuestas, por el Tribunal penal o por la Administración de Costas, las citadas obligaciones de restitución y reposición, la LC de 1988, tras su reforma por la LMLC de 2013, sí establece (artículo 95.1.2º) un plazo máximo de prescripción de quince años, que lo es, no para la imposición de tales obligaciones, sino para la ejecución y el cumplimiento de la imposición de tales obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción.

3º. Que el citado plazo de quince años –para la ejecución de las citadas obligaciones– tiene el carácter de máximo, porque habrá de estarse, con carácter previo, al plazo que, en cada caso, se establezca en la resolución (penal o administrativa) que imponga las citadas obligaciones, con dicho límite legal.

A ello debemos añadir ahora que, a la ausencia de plazo de prescripción para la imposición de las obligaciones de reposición o restauración, no le es de aplicación el plazo (máximo) de quince años, introducido en 2013 en la LC, para la ejecución de las medidas u obligaciones de referencia, máxime en un supuesto como el de autos tales obligaciones habían sido impuestas, pero luego judicialmente anuladas, por haber sido dictada por una Administración que carecía de competencia para ello. Obvio es que tal resolución judicial suponía el reconocimiento de la competencia a la Administración autonómica de Galicia, competencia para cuya concreta ejecución, en el ámbito de las medidas de referencia, no existía –ni existe– plazo alguno.

Frente a ello no son de recibo las alegaciones de los recurrentes, pues:

a) Se trataría –lo pretendido– de una aplicación analógica de un plazo previsto para otras obligaciones, hasta el extremo que su duración podría ser modulada por la resolución en que imponga por cuanto, como se ha reiterado, los quince años podrían ser

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

reducidos –incluso considerablemente como en el supuesto de autos, en que fie de tres meses–; modulación o flexibilidad en su duración que se acompañan mal con la rigurosa esencia de un plazo de prescripción.

b) Porque, además de analógica, se trataría de una aplicación retroactiva en relación con el dominio público marítimo terrestre o sus zonas de servidumbre; zonas cuya protección implican un interés general que no encaja con la retroactividad de las disposiciones favorables para los particulares.

c) Porque el inicio procedimental de la Administración autonómica, según expresa la resolución impugnada, viene determinada por la comprobación llevada a cabo en inspección realizada por el Servicio Provincial de Pontevedra de la APLU, en fecha de 3 de noviembre de 2015; comprobación –se insiste– de una realidad física (no discutida) que por sus características no estaba sujeta a plazo de prescripción alguno. Y, sin que, hasta dicha fecha, exista constancia –pese al tiempo transcurrido– de conocimiento de ninguna actuación autonómica desde la asunción de las competencias sobre dicha materia.

d) A ello debe añadirse que la circunstancia fáctica de que las construcciones se encuentre en la zona de servidumbre de protección, tampoco puede ser un argumento suficiente para impedir la ejecución de la decisión contenida en la resolución impugnada; la citada servidumbre se encuentra regulada en los artículo 23 y siguiente de la LC, estando limitadas las actuaciones (artículo 24) en dicha zona (cultivos, plantaciones, depósitos de objetos arrojados por el mar, u operaciones de salvamento), y sin posibilidad de efectuar cerramiento alguno. Con claridad el artículo 25.1.a) prohíbe, entre otras actuaciones, las “edificaciones destinadas a residencia o habitación”, admitiéndose sólo (25.2) “las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”.

En todo caso, lo más significativo es el mandato general establecido en el artículo 20 de la LC, conforme al cual “[l]a protección del dominio público marítimo-terrestre comprende la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado; la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones, en los términos de la presente Ley”; mandato al que, desde un ámbito de delimitación territorial, añade el siguiente artículo 21 lo siguiente: “A efectos de lo previsto en el artículo anterior, los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres que se determinan en el presente título, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción. Las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso”».

6 Personal

6.1 Silencio administrativo en reclamaciones del personal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio de la solicitud

Tras la sentencia del TS de 28 de mayo de 2019 (rec. 246/2016), se ha producido un “giro copernicano” en la determinación del sentido del silencio administrativo generado en las reclamaciones de los funcionarios con efectos económicos. En ella se declara la vigencia y aplicabilidad a día de hoy del artículo 2.k) del Real decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, precepto en el que se le atribuyó sentido negativo-desestimatorio al silencio producido en las solicitudes formuladas en materia de gestión de personal *«cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento»*.

El TSJG está aplicando ya esta nueva jurisprudencia, pudiendo citarse sus sentencias de 18 de marzo de 2020 (rec. 257/2018, ponente: Seoane Pesqueira) y 17 de junio de 2020 (rec. 269/2019, ponente: Fernández Conde). En la última de ellas se afirma lo siguiente:

«(...) La primera cuestión a resolver en el presente caso se refiere a la alegación relativa al sentido del silencio administrativo ante la falta de resolución en plazo de la solicitud formulada por la recurrente, solicitud de personal relativa a diferencias retributivas puestos de trabajo.

En este extremo sí ha de convenirse con la Administración municipal apelante en que el juez de instancia comete un error interpretativo de las normas al considerar la existencia de un silencio administrativo positivo, pues al margen de la existencia o no del silencio, este no podría considerarse positivo conforme a la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de 28 de mayo de 2019 (Recurso: 246/2016) se pronuncia sobre la vigencia del Real Decreto 1777/94, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 2 del Real Decreto 1777/1994, al recoger los supuestos de eficacia desestimatoria, en el apartado k) establece que:

“Las solicitudes formuladas en los siguientes procedimientos administrativos de gestión de personal se podrán entender desestimadas una vez transcurridos, sin que se hubiera dictado resolución expresa, los plazos máximos de resolución señalados a continuación:

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

K) Cualquier otro procedimiento, no incluido en el apartado 1 del artículo 3 de este Real Decreto, cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento: El plazo de resolución de estos procedimientos será el señalado en su normativa específica y, en su defecto, el general de tres meses previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en sentencia STS 1675/2019 de 28 de mayo de 2019 número del procedimiento: 246/2016, resolviendo recurso de casación en el que se identificó el interés casacional en los puntos: A) Cuál es el régimen jurídico del silencio administrativo ante una solicitud deducida por un funcionario, de obtener un determinado puesto de trabajo en comisión de servicios extensible según el recurso a una solicitud de abono por realización de funciones de superior categoría; B) Si el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se encuentra en vigor.

En los fundamentos de derecho sexto y octavo de dicha sentencia de 28 de mayo de 2019, se expresa lo que sigue:

.....” Este Tribunal en su reciente STS 6 de noviembre de 2018, recurso casación 1763/2017 en su FJ 7º recordó:

“la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación n. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007, consideró equivocada la tesis según la cual cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a “un procedimiento iniciado a solicitud del interesado”, de modo que, si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (LPAC). En esa línea, razonó a continuación lo siguiente:

[...] El artículo 43 LPAC en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999 de 13-I, es aún más patente después de esta Ley. Antes de la Ley 4/1999, porque el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos más o menos formalizados; los dos primeros sin duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, “solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedaran desestimadas si no recae resolución expresa”, porque esa normativa de aplicación no podía ser otra

sino la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión. Este Tribunal en su reciente STS 6 de noviembre de 2018, recurso casación 1763/2017 en su FJ 7º recordó:

[...] Por ello en el FJ Octavo responde “que el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común.” Resulta patente que ningún Real Decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil). (...) (...)

OCTAVO.- La vigencia del RD 1777/94, art. 2.K).

Resulta patente que ningún Real Decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil).

Sin embargo, si ha sido afectado por un Real Decreto Ley, el 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y de cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Bajo ese proceloso título legislativo hallamos un precepto que ilustra sobre el carácter de negativo del silencio en el RD 1777/1994 así como su vigencia.

“Artículo 26. Sentido positivo del silencio administrativo.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que se citan en el Anexo I, el vencimiento del plazo máximo fijado, en su caso, en ese mismo anexo sin que se haya notificado resolución expresa, legítima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

En el Anexo I indica una relación de procedimientos administrativos con silencio negativo que pasa a positivo entre los que se incluyen la permuta art. 2.e) del RD 1777/1994 y la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género, art. 2.h) y k) Ninguna duda, ofrece, pues la vigencia del silencio negativo en el apartado k) salvo en lo referido a la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género por razón de la modificación operada por el RD Ley 8/2011.

Y en el fundamento jurídico DÉCIMO.- La doctrina del TS en lo que nos interesa es la siguiente: (...) (...)

..... Debe adicionarse que ninguna norma ha derogado expresamente el RD 1777/1994 ni tampoco se colige su derogación por ser contrario a norma de superior rango salvo en

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

los puntos expresados por el RD Ley 8/2011 que no conciernen al apartado k) salvo en funcionaria víctima de violencia de género.”

Así las cosas, la falta de respuesta en plazo a esa solicitud de la recurrente sólo podía tener efectos desestimatorios, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 43.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, hoy último inciso ó del tercer párrafo del apartado 1 del artículo 24.1) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (el sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados).

En el mismo sentido, en aplicación del punto k) del artículo 2 del RD 1777/1994 de Adecuación de normas Reguladoras de los Procedimientos de Gestión de Personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que vino a establecer que el sentido del silencio sería desestimatorio en los procedimientos de gestión de personal cuya resolución implicase efectos económicos actuales o pudiera producirlos en cualquier otro momento, siempre que no estuvieran incluidos en el listado del artículo 3.1 del mismo RD, lo que no es el caso; vale aquí la cita de la sentencia n. 651/15 TSJ Extremadura de 22 de diciembre de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de TSJ Extremadura, cuyos argumentos se comparten en lo esencial, así como de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia n. STSJ, Contencioso sección 1 del 18 de septiembre de 2019 STSJ, Recurso: 230/2019 Sentencia: 406/2019 que se comparte en lo que aquí interesa, y debe respetarse por seguridad jurídica, en tanto no demostrado concurren diferentes circunstancias que imposibiliten su aplicación. Sin olvidar aquella STS de 6 de noviembre de 2018, Sección 4ª, recurso de casación 1763/2017, que obliga a reconsiderar la problemática que nos trae, al declarar el Alto tribunal que “el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común. Por consiguiente, cuando el ordenamiento prevé y regula un procedimiento específico para decidir determinada cuestión, es en él, no en otro, donde ha de adoptarse tal decisión.”

También en nuestro caso y como quiera que la reclamación económica deducida por la funcionaria no conllevaba la apertura de un procedimiento administrativo singular preordenado normativamente, hemos de entender, en correspondencia con el criterio jurisprudencial explicado, que el silencio revestía carácter desestimatorio o negativo. Y ello ha de ser así, pese a las diferentes posiciones que se han sostenido en diversos tribunales superiores de justicia en torno al tema.

No era procedente, por tanto, atribuir efectos estimatorios a la falta de respuesta en plazo a la solicitud formulada por la recurrente, de modo que no existe acto firme estimatorio que pueda ser susceptible de ejecución.

Este motivo del recurso debe ser estimado, y la sentencia de instancia revocada».

6.2 Oposiciones de acceso a la función pública. Exigencia de composición paritaria (equilibrio hombres–mujeres) en los tribunales selectivos: su incumplimiento es irrelevante cuando el número de mujeres supera al de hombres. Consecuencias de la anulación de la oposición por razones formales: no afecta a los que fueron nombrados funcionarios (principios de equidad y buena fe)

El TS, en su sentencia de 8 de octubre de 2020 (rec. 2135/2018, ponente: Lucas Murillo de la Cueva), casa y revoca una sentencia del TSJG en la que se anularon los resultados de unas oposiciones convocadas por la Xunta de Galicia para el acceso al cuerpo facultativo superior (subgrupo A.1), entre otros motivos porque el tribunal de selección se hallaba compuesto por cuatro mujeres y un hombre, incumpliendo con ello la regla de paridad establecida en el artículo 36 de la Ley gallega de igualdad 7/2004, de 16 de julio, modificada por Ley 2/2007. En esta sentencia el Alto Tribunal incide, a este respecto, en que:

«(...) no se debe olvidar que la prohibición de discriminación por razón de sexo no surge por azar, sino que obedece a una realidad histórica que la Constitución quiere superar: la desigualdad en perjuicio de la mujer. Por eso, la propia afirmación del principio, a su dimensión negativa añade la positiva, la que fundamenta actuaciones encaminadas a realizar la igualdad, dentro de las que cabe incluir el establecimiento de criterios como los recogidos por el artículo 6o.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 53 de la Ley Orgánica 3/2007.

Por lo demás, hay que decir que la definición de “presencia o composición equilibrada” efectuada por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 –la relación 60%-40%– no se reduce a la Administración General del Estado. Se extiende a todo el ámbito sobre el que, según sus artículos 1 y 2, se proyecta. El primero, en su apartado 2 precisa que sus principios se dirigen a los “Poderes Públicos”, sin excepción, y el segundo atribuye los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación a “todas las personas”, de nuevo si excepción.

Establecidas estas premisas, debemos enfrentarnos a los hechos del caso.

Hemos visto que la composición del tribunal calificador, inicialmente equilibrada según la relación legalmente establecida 60%-40%, pasó a ser, en vez de dos hombres y tres mujeres, la de cuatro mujeres y hombre. Para la sentencia esta composición del tribunal que actuó es contraria al principio de composición equilibrada. A juicio de la Sala, no

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

cabe establecer una solución general sobre el respeto a dicho principio en los casos en que, como aquí, ha sucedido, por cualquier causa legalmente prevista, se producen modificaciones en un tribunal calificador cuya composición inicial era equilibrada desde el punto de vista que estamos contemplando y suponen que deje de serlo. Es decir, que no respete la relación 60%-40% de mujeres y hombres como máximo y mínimo. Pueden, en efecto, concurrir circunstancias que hagan imposible mantenerla o que no deban reputarse contrarias al fin perseguido.

Esto último es lo que ha sucedido en esta ocasión, en la que cuatro personas del sexo que padece la desigualdad que se quiere corregir han terminado integrando el tribunal calificador. No parece razonable que una mayor presencia sobrevenida de mujeres deba comportar la aplicación de un criterio pensado y establecido para evitar su discriminación de forma que provoque la nulidad de la actuación administrativa. Por tanto, la modificación sobrevenida en este caso no ha de considerarse contraria al principio de composición equilibrada (...)».

No obstante, la sentencia confirma la anulación de estas oposiciones por otra causa formal complementaria. Ordena retrotraer sus trámites y repetir varias pruebas, pero sin afectar a los candidatos que ya han sido nombrados funcionarios:

«(...) a diferencia de lo fallado por la sentencia de instancia y atendiendo a las pretensiones de los recurrentes en casación, consideramos procedente seguir la pauta ya observada por la Sala en casos precedentes sobre la situación de aspirantes que superaron procesos selectivos y fueron nombrados funcionarios en los que, años después –en concreto, cinco– y en virtud de recursos interpuestos por aspirantes que no los superaron, se aprecian vicios determinantes de su invalidez [sentencias n. 375/2019, de 20 de marzo (casación n. 2116/2016), n. 361/2019, de 18 de marzo (casación n. 499/2016), n. 1695/2018, de 29 de noviembre (casación n. 385/2016) y las que citan]. En tales ocasiones, hemos preservado su situación atendiendo a criterios de equidad y de buena fe, habida cuenta de que fueron absolutamente ajenos a las irregularidades advertidas en el desarrollo del proceso selectivo».

7 Proceso contencioso-administrativo

7.1 El mes de agosto no entra en el cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo

La sentencia del TS de 2 de julio de 2020 (rec. 3780/2019, ponente: Huet de Sande) rectifica el criterio de cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo durante el mes de agosto que había adoptado la secc. 3ª del TSJG, concluyendo que:

«El art. 128.2 LJCA debe interpretarse en el sentido de que, dejando a salvo el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, el mes de agosto debe descontarse en el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo y, por tanto, cuando la notificación de la actuación administrativa se produce en agosto, el plazo bimensual para la interposición del recurso contencioso administrativo debe empezar a computarse el 1 de septiembre».

7.2 Altas de oficio en la Seguridad Social. Cuantía indeterminada. Competencia objetiva del TSJG para el conocimiento del asunto en primera y única instancia

La secc. 3ª del TSJG, en varios autos de fechas 19 y 23 de octubre, 3 y 9 de noviembre de 2020 (recs. 7193/2020, 7237/2020, 7086/2020, 7282/2020, 7284/2020 y 7260/2020, ponente: Villares Naveira), modifica su criterio anterior y declara que le corresponde a dicha sala (y no a los juzgados de lo contencioso-administrativo) el conocimiento en primera y única instancia de los recursos contencioso-administrativos promovidos frente a resoluciones de la Seguridad Social de modificación del tipo de cotización en el CNAE, variación de datos –clave de contrato–, alta de oficio de trabajador, rectificación de datos de vida laboral y encuadramiento en el régimen especial de trabajadores del mar. Justifica el tribunal el cambio de criterio, entre otros, en el siguiente razonamiento:

«(...) Nos procedimientos relativos a altas ou baixas cursadas de oficio pola Seguridade Social en calquera dos réximes aplicables existe innegablemente unha dobre dimensión: dunha banda, a relativa á aplicación normativa, concernente á discusión, quer no plano fáctico, quer no xurídico, centrada na determinación da procedencia ou improcedencia de cotizar (onde as partes poñen en cuestión os feitos determinantes da obriga ou a súa cualificación para o encadramento nalgún dos réximes vixentes); e doutra banda, a dimensión económica, que é a tradución monetaria da obriga como consecuencia do encaixe normativo dunha situación previamente declarada existente. Aínda que existe esta dualidade, a preferencia legal para a cuantificación é cualificar estes procedimientos como de contía indeterminada, significando así a preponderancia do debate xurídico –e a súa non sempre doada identificación cunha obrigación económica concreta– sobre a súa dimensión económica, que se presenta en moitas ocasións como accesoria ou secundaria ao debate principal sobre a procedencia de cotizar. Estas consideracións da Sala son concorrentes coas razóns que levaron ao Tribunal Supremo a sentar unha liña interpretativa conforme coa clasificación de contía indeterminada de todos os procedementos cuxa materia sexa a relativa a altas e baixas de oficio nalgún dos réximes da Seguridade Social, sen que ningunha resolución illada teña forza argumentativa abonda para cuestionar esta tese. Isto non obsta, como veremos, que naqueles casos en que o obxecto de discusión sexa exclusivamente a dimensión económica cuantitativa da liquidación da cotización, e non a posta en cuestión do dereito do que nace esa obriga,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

o Alto Tribunal asigne como contía a da cantidade litixiosa coa depuración previa das regras do art. 41 LXCA. (...)

De todo o anterior podemos concluír que para o Tribunal Supremo os asuntos relativos á impugnación de altas e baixas de oficio nalgún dos réximes da Seguridade Social levadas a cabo pola Administración teñen sempre a consideración de contía indeterminada, e que este principio só cede cando o único que se cuestiona sexa unha sorte de erro na cuantificación á hora da liquidación de cotas, pero non se pon en cuestión o dereito a liquidalas.

(...) Ao abeiro das anteriores consideracións, e dado que o acto impugnado, de data 28/1/2020, consiste na alta de oficio na Seguridade Social de varios traballadores existencia de prestación de servizos para unha empresa, debemos concluír que o asunto debe reputarse de contía indeterminada. O Tribunal Supremo ten declarado reiteradamente en materia de Seguridade Social que os asuntos de contía indeterminada deben considerarse como de contía superior a 60 mil euros para os efectos de determinación de competencia obxectiva e réxime de recursos (Vid. os AATS de 23 de abril de 2018: Rec. 686/2017 e Rec. 32/2017; e os xa citados STS 47/2017, de 18 de xaneiro: Rec. 1054/2015 e o ATS de 31 de marzo de 2016: Recurso 3059/2015). Por esta razón, e en aplicación do art. 10.1.m LXCA, a competencia obxectiva para o coñecemento do asunto corresponde á Sala do Contencioso deste TSXG».

8 Tributos

8.1 Impuesto de bienes inmuebles. Exención de las universidades públicas

La sentencia del TS de 5 de noviembre de 2020 (rec. 697/2018, ponente: Aguallo Avilés) revoca la del TSJG impugnada y declara la exención de una universidad gallega en el impuesto de bienes inmuebles (IBI):

«(...) El artículo 53.1 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria dispuso: “Constituirá el patrimonio de cada Universidad el conjunto de sus bienes, derechos y acciones. Los bienes afectados al cumplimiento de sus fines y los actos que para el desarrollo inmediato de tales fines realicen y los rendimientos de los mismos, disfrutarán de exención tributaria, siempre que esos tributos y exenciones recaigan directamente sobre las Universidades en concepto legal de contribuyentes y sin que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria a otras personas”.

La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (en lo sucesivo L. R.H.L.), estableció en su disposición adicional novena, que: “A partir del 31 de diciembre de 1989 quedarán suprimidos cuantos beneficios fiscales estuvieren establecidos en los tributos locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones

distintas de las de Régimen Local, sin que su actual vigencia pueda ser invocada respecto de ninguno de los tributos regulados en la presente ley”.

Ello se tradujo en que, durante varios años, los bienes inmuebles de las Universidades Públicas, afectados al cumplimiento de sus fines, no estuvieron exentos, tal como se ha declarado jurisprudencialmente de manera reiterada, situación que cambió cuando entró en vigor la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en tanto en cuanto regula una exención tributaria para las Universidades Públicas en su artículo 8o, del que nos interesan ahora sus apartados 1 y 4.

En ese sentido, en dicho apartado 1 se establece: “Constituirá el patrimonio de cada Universidad el conjunto de sus bienes, derechos y acciones. Los bienes afectos al cumplimiento de sus fines y los actos que para el desarrollo inmediato de tales fines realicen, así como sus rendimientos, disfrutarán de exención tributaria, siempre que los tributos y exenciones recaigan directamente sobre las Universidades en concepto legal de contribuyentes, a no ser que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria”.

Por su parte, el apartado 4 dispone: “En cuanto a los beneficios fiscales de las Universidades públicas, se estará a lo dispuesto para las entidades sin finalidad lucrativa en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Las actividades de mecenazgo a favor de las Universidades públicas gozarán de los beneficios que establece la mencionada Ley”.

La remisión a la Ley 30/1994 hay que entenderla realizada en la actualidad a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Ningún reparo existe a que tal exención no se establezca en el propio del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en lo sucesivo, TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y antes en el artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, LRHL, puesto que su artículo 9 establece que, además de las exenciones reguladas en el propio TRLRHL (y, antes en la propia LRHL), también resultarán aplicables las exenciones reconocidas en otras normas con rango de ley o que se deriven de la aplicación de tratados internacionales.

Es una exención *ex lege*. No existe base legal para entender que se trata de una exención rogada. Es *ex lege*, como lo son las exenciones previstas en el apartado 1 del artículo 62 del TRHL, que no rogada, como lo son las previstas en el apartado 2 del mismo precepto.

La exención que ahora nos interesa no ha sido derogada por la Ley 51/2002, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, en particular, ni por su disposición derogatoria única ni por su disposición transitoria tercera. Tampoco ha sido derogada por el TRLRHL. Su disposición transitoria primera no puede ser más clara, establece el régimen de los beneficios fiscales anteriores a la LRHL. Esta Ley,



como bien se sabe, es de 1988 y, por tanto, no se refiere, como es el caso, a los beneficios fiscales previstos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que es posterior. El texto de dicha disposición transitoria es el siguiente: “a partir del 31 de diciembre de 1989, quedarán suprimidos cuantos beneficios fiscales estuvieren establecidos en los tributos locales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de régimen local, sin que su vigencia pueda ser invocada respecto de ninguno de los tributos regulados en este texto refundido; lo anterior se entiende sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta de este texto refundido”.

Tampoco de la Disposición transitoria tercera del TRLRHL, relativa a los Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, se desprende que los beneficios fiscales previstos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, se hayan derogado por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, puesto que el apartado 1 de dicha disposición transitoria establece: “Los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles reconocidos a la entrada en vigor de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, cuyos supuestos de disfrute se encuentren recogidos en este texto refundido, se mantendrán sin que, en caso de que tengan carácter rogado, sea necesaria su solicitud. Se mantendrán hasta la fecha de su extinción aquellos beneficios fiscales reconocidos en dicho Impuesto cuyos supuestos de disfrute no se recogen en este texto refundido, con excepción de la exención prevista en el párrafo k) del artículo 64 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en su redacción anterior a la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que queda extinguida a su entrada en vigor”.

La exención que nos viene ocupando no ha sido sustituida por el beneficio fiscal previsto en apartado 2 bis del artículo 74 del TRLRHL, introducido por la Disposición final cuarta la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, consistente en una bonificación –potestativa para los ayuntamientos– de hasta el 95 por ciento a favor de los organismos públicos de investigación y los de enseñanza universitaria. Si reparamos en esa Ley Orgánica veremos que ninguno de sus preceptos suprime ni modifica lo dispuesto en el citado artículo 80 de la L.O. 6/2001. El mencionado apartado 2 bis del artículo 74 del TRLRHL es fruto de la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, puesto que en el proyecto publicado en el Boletín Oficial del Congreso del día 8 de septiembre de 2016 no se contenía un precepto de ese tenor. A lo largo del trámite parlamentario se sucedieron varias redacciones, pero al final prevaleció la que hemos reseñado, fruto de una enmienda transaccional, de la que se desprende que la voluntad del legislador no es la de suprimir los beneficios fiscales previstos en el indicado artículo 80 de la L.O. 6/2001, sino la de añadir una bonificación potestativa –de carácter subjetivo– para bienes inmuebles de organismos públicos de investigación y los de enseñanzas universitarias».

8.2 Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Base imponible: conceptos excluidos

El TSJG, en su sentencia de 13 de octubre de 2020 (rec. 15011/2020, ponente: Rivera Frade), incide en que:

«La jurisprudencia es pacífica sobre la no inclusión de los gastos generales y del beneficio industrial en la base imponible del ICIO. Respecto de los gastos generales, como dice la jurisprudencia, están compuestos por una heterogénea serie de elementos que sólo de un modo indirecto incrementan el coste de la correspondiente obra. Y en cuanto a la no inclusión del porcentaje calculado como beneficio industrial del contratista, su gravamen significaría sujetar tanto la riqueza representada por la obra como el volumen de negocios del constructor».

8.3 Impuesto sobre la renta de las personas físicas. No sujeción de dietas por desplazamientos del trabajador para su actividad laboral. Carga de la prueba

La sentencia del TS de 3 de diciembre de 2020 (rec. 6784/2019, ponente: Aguallo Avilés) consolida la reciente jurisprudencia que rectifica el criterio del TSJG sobre la carga de la prueba de la vinculación con la actividad laboral de las dietas percibidas por el trabajador exentas del IRPF. Incide el Alto Tribunal en que:

«(...) corresponde a la Administración la carga de la prueba dirigida a acreditar la sujeción de dichas asignaciones –siempre que se haya cumplimentado por retenedor y perceptor los deberes formales a los que vienen obligados–; que pasa, entre otras circunstancias, por acreditar la inexistencia del desplazamiento o que este se debió a una razón o motivo ajeno a la actividad económica o trabajo que se presta –lo cual resulta de suma facilidad para la Administración, en tanto que, en su poder deben estar la totalidad de los documentos al efecto, le basta con el simple cotejo de los documentos en su poder con la acreditación que le corresponde al pagador, sin perjuicio de que se pueda valer de cuantos medios de prueba se autorizan–.

Es el reglamento el que advierte, como se ha dejado dicho, que es el pagador el que debe acreditar el día y lugar del desplazamiento, en definitiva, su realidad, así como su razón o motivo, esto es su vinculación con la relación laboral de la que se obtiene los rendimientos. Por tanto, no pudiendo exigir la Administración al contribuyente documentos que ya estén en su posesión –ni aquellos respecto de gastos que no precisan justificación conforme al art. 9 del reglamento–, y haciendo recaer normativamente el deber del pagador de acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo, a estos efectos el contribuyente no asume más deber que cumplimentar su declaración aportando los certificados expedidos por la empresa, que de no resultar suficientes para la Administración para discernir sobre la sujeción o no de asignaciones y dietas deberá dirigirse al empleador para hacer prueba sobre dichos extremos a los

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

efectos de la exclusión prevista en el art. 17 de la LIRPF, pues es al pagador al que se le impone reglamentariamente dicho deber. Todo ello en el buen entendimiento que siendo necesaria en todo caso la intervención del pagador para dicha acreditación, que supone en definitiva acreditar la realidad del desplazamiento, de no alcanzarse dicho objetivo por imposibilidad o insuficiencia de la acreditación, en modo alguno queda perjudicado el derecho del contribuyente de valerse de cuantos medios probatorios se autorizan legalmente para hacer prueba sobre dichos extremos; y sin perjuicio de que habiéndose producido la acreditación por parte del pagador de día y lugar del desplazamiento y de su razón o motivo, esto es acreditada la realidad del desplazamiento, se perjudique el derecho de la Administración de determinar si estamos o no ante gastos o asignaciones excluidos, en tanto que el fundamento y fin de la exclusión no es otro que cubrir los gastos que el trabajador-perceptor tiene necesidad de hacer en el desarrollo de su actividad laboral, lo que exige la correlación entre gastos necesarios y desplazamientos realizados para el desarrollo de la actividad.

Hechas las anteriores matizaciones, ha de concluirse que no es al empleado al que corresponde probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia a los efectos de su no sujeción al IRPF, sino que la Administración para su acreditación deberá dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral».

9 Universidades

9.1 Correspondencia de los títulos universitarios anteriores al “sistema Bolonia” con el marco español de cualificaciones para la educación superior (MECES)

El TS confirma en su sentencia de 1 de julio de 2020 (rec. 6682/2018, ponente: Picó Lorenzo) una resolución de una universidad gallega que excluyó a la actora del programa de doctorado de ciencias de la salud por no haber acreditado estar en posesión, al menos, de 300 créditos ECTS, superados en estudios universitarios, tal y como exige el artículo 15.1 del Reglamento interno de estudios de doctorado. El Alto Tribunal fija en esta sentencia, como criterio jurisprudencial, que:

«la determinación por Acuerdo del Consejo de Ministros del nivel de correspondencia entre los títulos universitarios oficiales obtenidos con la normativa anterior al “sistema Bolonia” al nivel del marco español de cualificaciones para la educación superior (MECES), no supone una completa homologación con el título de grado (MECES 2) sino una correspondencia a efectos académicos y profesionales no permitiendo el acceso a programas oficiales de posgrado salvo que se trate de un grado al que se atribuyan 300 créditos ECTS».

Y ello partiendo de las siguientes consideraciones:

«(...) no está de más añadir la existencia –aunque carezca de valor jurídico– de la nota aclaratoria de noviembre 2013 (a que hace mención la reciente sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2020, casación 5767/2018 en un recurso sobre la incorporación a la fase de investigación del doctorado) sobre la interpretación del art. 6.2.a) del Real Decreto 99/2011 de la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Esa nota decía:

“Por tanto, podrán acceder a un programa oficial de doctorado aquellos estudiantes que estén en posesión de una titulación universitaria oficial española obtenida conforme a anteriores ordenaciones universitarias, es decir, los Licenciados, Arquitectos, Ingenieros, Diplomados, Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos (títulos que habilitan para el acceso a enseñanzas de Máster universitario), que hayan superado en el conjunto de estudios universitarios oficiales un mínimo de 300 créditos ECTS, de los cuales, al menos 60 habrán de ser de nivel de Máster.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a cada Universidad, de acuerdo con su normativa específica, determinar tanto las equivalencias entre los créditos LRU (propios de las anteriores titulaciones) y los créditos ECTS, como los criterios de valoración de los 60 créditos ECTS que, al menos, deban ser considerados como créditos de nivel de Master, a los efectos de que estos titulados accedan a los estudios de doctorado”.

La resolución de la Universidad de la Coruña confirmada primero por el juzgado de lo contencioso-administrativo y posteriormente por el TSJ de Galicia no desactiva la potestad del Estado para determinar la correspondencia de la equivalencia entre antiguas y nuevas titulaciones fijando los efectos académicos de las titulaciones pre-Bolonia.

Cuestión distinta es que del art. 6 del RD 99/2011 se concluye inequívocamente la facultad de las Universidades para determinar las equivalencias entre los créditos de las antiguas titulaciones (Ley de Reforma Universitaria, LRU) y créditos ECTS (European Credit Transfer System) en razón de su duración o carga horaria.

Tiene razón la Sala de la Coruña cuando declara la distinta regulación del acceso a los cursos del Doctorado y de los estudios conducentes a obtener el Grado y la Maestría por lo que los pretendidos efectos del RD 1393/2007 sobre el Doctorado que reclama la recurrente no tienen lugar dada la redacción del RD 99/2011.

La recurrente no ostenta un MECES-3 que le permita el acceso directo al Doctorado, conforme a la legislación más arriba reflejada, sino un MECES-2 valorado en 180 horas al que adiciona un Master de 60 horas ECTS por lo que no alcanza los 300 créditos ECTS necesarios para poder acceder a los estudios de Doctorado».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 539-542
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4652>
© Verónica Piñeiro Soliño
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones

60 Regap

Regap



RECENSIONES

VERÓNICA PIÑEIRO SOLIÑO

Becaria de investigación en Derecho Administrativo
Escola Galega de Administración Pública
veronica.pineiro.solino@outlook.com

VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P.: *Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones*, Ediciones Endymion, Madrid, 2020, 128 pp. ISBN: 978-84-7731-653-4.

El término oposición se emplea para hacer referencia a una de las vías que, junto con el concurso-oposición y, excepcionalmente, el concurso, dan acceso a la función pública tras superar una serie de pruebas, evaluadas por un tribunal, en las que se han de demostrar los conocimientos exigidos en el correspondiente temario.

El acceso a la función pública es un tema de gran relevancia; no en vano, de ello dependerá no solo seleccionar a los mejores aspirantes, sino atraer a buenos candidatos. No obstante, pese a que se ha discutido en diversas ocasiones sobre la necesidad de modificar un sistema en el que prima una concepción expositivo-memorística de

la demostración de conocimientos, por el momento, no se ha logrado un consenso que haya permitido materializar reformas al respecto.

En esta obra –cuyo contenido ha sido presentado y debatido en la Jornada sobre Función Pública y Buen Gobierno, celebrada en Barcelona el día 28 de febrero de 2020– Luis P. Villameriel Presencio, funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado con una dilatada trayectoria en la Administración pública, aborda la modernización de las oposiciones de una forma clara, concisa y exhaustiva, pero, sobre todo, constructiva. Ofrece al lector un recorrido guiado por la dinámica de estos procesos selectivos, centrándose en el sistema de selección de los funcionarios de los cuerpos superiores de la Administración general del Estado para, finalmente, aportar una propuesta articulada de *lege ferenda*.

Así, no nos encontramos ante un mero estudio que se limite a indicar y enumerar las virtudes o deficiencias del sistema, sino ante una propuesta de mejora que presenta una alternativa precisa, concreta y detallada, con su correspondiente plan de implementación.

En el índice de la obra se resumen perfectamente los aspectos clave del trabajo y, a lo largo de sus once capítulos y 128 páginas, se analiza y explica la situación actual de los procesos selectivos de los cuerpos superiores para, a continuación, argumentar por qué es necesario reformar el sistema, aportando soluciones al respecto.

En el primer capítulo el autor contextualiza su trabajo y reflexiona sobre los objetivos que han de perseguirse para modernizar la Administración pública y, también, sobre los intentos fallidos y oportunidades perdidas.

En este sentido, para el autor resulta fundamental revisar en profundidad los procesos selectivos y modernizar el sistema de oposiciones a través de una norma, necesariamente con rango de ley, de tal forma que se consiga captar talento joven e innovador en la función pública.

Precisamente «atraer el talento, en especial el talento joven» es el título seleccionado para el segundo capítulo de la obra. En él, centrandolo en el análisis en la oposición, como sistema que, con carácter general, selecciona a los funcionarios de los cuerpos superiores, el autor cuestiona su efectividad a la hora de atraer ese talento.

Sorprende que, tras la profunda reforma realizada en la educación superior con el plan Bolonia y su metodología, en la selección de funcionarios de los cuerpos superiores, necesariamente titulados universitarios, se prescindiera de elementos como las características personales del candidato, aptitudes, experiencia profesional o historial académico para evaluar su capacidad, reduciendo la técnica de selección a la comprobación de que el aspirante conoce de forma memorística el contenido del temario.

El autor realiza un análisis comparado de las experiencias de otros países como Francia y destaca positivamente que, en el país galo, haya partido del presidente de la República la iniciativa transformadora que está previsto que culmine en una ley que reforme la función pública superior, basándose en las propuestas recogidas en el Informe Thiriez, fruto del encargo realizado por el Gobierno francés a una comisión de expertos, en contraste con el desinterés de los responsables políticos españoles por la selección de funcionarios.

Los capítulos tercero a quinto se dedican a analizar la regulación de los sistemas selectivos, la técnica de selección del personal y los cuerpos y escalas de funcionarios, ayudando al lector a comprender la necesidad de modernizarlos.

Como indica el autor, el EBEP se limita a ofrecer diversas posibilidades sin concretar adecuadamente los procedimientos de selección. La ausencia de concreción legal ha provocado, en palabras del autor, una dispersión de prácticas selectivas, consecuencia de que sean las “autoridades administrativas de segundo rango” y no el Parlamento o el Gobierno quienes se encarguen de determinar cuestiones clave de los procesos.

Así, según señala, en España no existe una política pública de selección de funcionarios superiores dirigida a atraer el talento a la Administración pública, y de este modo lo enuncia, literalmente, en el capítulo seis, en el que, asimismo, expone razones que avalan su afirmación. En tal sentido, retoma el ejemplo francés, donde se plantea la función pública superior como una política de Estado y lamenta que en España se considere “meras cuestiones de personal”.

En el capítulo séptimo, tras preguntarse qué se debe hacer al respecto, propone una modernización de las oposiciones incidiendo en el contenido del programa y en el diseño del proceso selectivo. En concreto, en los capítulos octavo a décimo expone y explica las interesantes recomendaciones que se concretan en lo que el autor denomina «propuesta de ley de modernización de los sistemas selectivos de los cuerpos y escalas del Grupo A de la Administración general del Estado», que se recoge en el anexo de la obra.

Para el autor es fundamental que los procesos selectivos sean más sostenibles y atractivos, y, para conseguirlo, propone una serie de cuestiones necesarias y apremiantes.

Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos destacar las siguientes: acabar con temarios sobredimensionados y configurarlos a semejanza de los programas universitarios, en créditos ECTS, teniendo en cuenta las horas de dedicación necesarias para adquirir los conocimientos que incluyen; transformar la configuración de los cursos de formación de potestativa a preceptiva; fijar por ley, para todos los cuerpos y escalas, los puntos clave del proceso selectivo, denominado por el autor como itinerario de ingreso con dos fases, ambas selectivas, obligatorias, diferenciadas y complementarias: una primera donde se realizarán pruebas tendentes a comprobar las capacidades del aspirante y una segunda que pivotará en torno al curso de formación; supresión de pruebas orales expositivo-memorísticas; limitación y concreción del número de ejercicios; posibilidad de conservar la nota de los ejercicios realizados cuando se supere el 60% de la calificación máxima; convocatoria de procesos selectivos conjuntos; celebración de convenios con universidades, como ya sucede en algunos cuerpos, que proporcionen rango de máster al curso de formación; o implicar a la ANECA, al INAP y a los demás institutos o centros de formación en la configuración de los itinerarios de ingreso.

Para concluir, antes del anexo final, que recoge la propuesta articulada del autor, en el capítulo once se plantea un marco temporal de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la ley sugerida para que se confeccionen y aprueben los itinerarios de

regap



RECENSIONES

ingreso, de tal forma que puedan aplicarse a la primera oferta de empleo público que se convoque tras la entrada en vigor de la nueva regulación.

Este trabajo, de lectura sumamente aconsejable, incorpora la experiencia del autor como opositor, miembro de tribunales de oposición y funcionario de carrera que ha ocupado puestos de gran responsabilidad y es consciente de las necesidades de la Administración. El hecho de conocer los procesos selectivos desde todas las perspectivas es un valor añadido a la hora de plasmar los puntos clave de la reforma que se precisa y ofrecer una propuesta verdaderamente completa.

Por todo lo señalado, se trata de una obra recomendable para cualquier jurista interesado en el estudio de los sistemas de selección de funcionarios, en la que encontrará una interesante propuesta de reforma.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 543-547
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4693>
© Noelia Betetos Agrelo
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 11/12/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación

60 Regap

Regap



RECENSIONES

NOELIA BETETOS AGRELO

Investigadora del Área de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela
noelia.betetos.agrelo@usc.es

GARRIDO JUNCAL, A.: *Los servicios sociales en el S. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 313 pp. ISBN: 978-84-91352-95-2.

Esta monografía constituye la continuación del estudio acerca de la configuración del régimen jurídico de los servicios sociales en el ordenamiento jurídico español. Dicho trabajo fue iniciado por la autora con ocasión de su tesis doctoral, culminada con gran éxito en el año 2015. La labor efectuada en su monografía es encomiable, pues existen pocos estudios que se decanten por abordar como tema central el análisis del régimen jurídico actual de los servicios sociales, dada su enorme complejidad y la escasa preocupación que el legislador ha prestado a esta cuestión hasta épocas recientes.

El volumen se estructura en cuatro capítulos en los que se acomete de manera sistemática el estudio de la evolución histórica en lo que respecta a la configuración jurídica de los servicios sociales para confrontarla *a posteriori* con el estado actual de la disciplina. En el capítulo segundo, es posible encontrar una elaborada construcción dogmática en la que la profesora Garrido Juncal trata de adentrar al lector en la conceptualización del término “servicios sociales”, así como definir cuál es la naturaleza jurídica que reviste esta modalidad de servicio público. En el capítulo tercero, se analiza el marco jurídico en el que se enmarcan los servicios sociales, desde su encuadramiento en el régimen jurídico constitucional, pasando por el análisis del reparto competencial en materia de servicios sociales entre los diferentes niveles de gobierno, con especial referencia a las leyes autonómicas que regulan esta tipología de servicios. Finalmente, el último capítulo, en consonancia con lo anterior, termina con la exposición detallada del régimen jurídico del concierto social a través de un examen transversal de los elementos objetivos, subjetivos y procedimentales que caracterizan a esta institución.

Se hace necesario comenzar la presente recensión señalando que la investigación, que en este sentido llega en un momento muy pertinente, afronta el análisis crítico de los principales desafíos a los que se enfrentan los servicios sociales en la actualidad. Todo ello examinado desde una óptica que permite establecer una visión global acerca de cómo se ha desarrollado el proceso evolutivo de la institución de los servicios sociales, lo que sin duda es esencial para comprender cuáles han sido los factores decisivos en lo que al retraso de su consolidación se refiere.

Ciertamente, tal y como se logra atisbar en el trabajo, el carácter cíclico que constituye la esencia de las recesiones económicas como la acaecida en el año 2008 de cuyos efectos todavía no nos encontramos completamente repuestos, así como la frustración en el objetivo de recuperación financiera lograda hasta la actualidad que se ha visto dificultada a causa de las secuelas que ya se empiezan a manifestar a consecuencia de la pandemia del COVID-19, hacen que la implementación de un sistema de servicios sociales sólido sea todo un reto para el conjunto de nuestras administraciones públicas. Así, la premisa que se extrae de esta primera aproximación se puede sintetizar bajo la idea de que los periodos de dificultad económica son una de las principales causas que inciden en el grado de protección que se dispensa a los derechos fundamentales socioeconómicos, con la consiguiente afectación negativa al ámbito de los servicios sociales.

De la argumentación expuesta se desprende que el núcleo central que rodea la construcción de una teoría solvente que tenga como objeto los servicios sociales se ve, a menudo, frustrado por la posición que se otorga a esta tipología de servicios públicos dentro del conjunto de prestaciones garantizadas en el marco del Estado de bienestar. Resulta evidente, por tanto, que los servicios sociales han venido ocupando tradicionalmente el pilar menos evolucionado del cuarteto que conforma junto a la sanidad, a la educación y a la seguridad social. Lo cierto es que, en contraposición a la fortaleza y a la estabilidad que caracterizan a los servicios públicos anteriormente citados, las prestaciones asistenciales, por otro lado, dependen en gran medida de la

situación económica y de la disponibilidad presupuestaria existente en cada momento, de tal forma que vienen resignándose a ocupar una suerte de categoría secundaria cuyo fin busca cubrir las necesidades que no encuentran cabida en la educación, en la sanidad y en la seguridad social.

El estudio del primer capítulo permitirá al lector, tal y como lo hace la autora, cuestionarse acerca del hecho de si, y en qué medida, el régimen jurídico de los servicios sociales se ve afectado por las tendencias políticas y sociales preeminentes en la actualidad que se decantan por la destrucción del sistema existente o bien si ha de abogarse por una adecuada reestructuración del modelo de Estado de bienestar. La profesora hace hincapié en el hecho de que los servicios sociales, y más específicamente en lo tocante al nivel de garantía asistencial que va a reclamarse a través de este tipo de prestaciones, viene innegablemente ligado al contexto social, político y económico presente en cada momento, lo que exige un esfuerzo constante por parte de las instituciones públicas, que han de adaptarse a la situación cambiante. En este sentido, si bien resulta innegable que la disponibilidad presupuestaria es un elemento clave en la fijación del alcance de los servicios sociales que van a brindarse a los ciudadanos en cada momento histórico, también conviene destacar que corresponde a los poderes públicos garantizar, en cualquier caso, un contenido prestacional mínimo que viene ligado a la declaración constitucional del Estado social y que habrá de mantenerse con independencia de la situación financiera de las arcas públicas. Finalmente, dentro del contenido de la primera parte de la obra, resta destacar las interesantes observaciones formuladas en las que se teoriza sobre el valor que ha de darse a la reciente proliferación de disposiciones normativas dictadas en este ámbito, mediante el análisis de los motivos a que responde la centralidad que esta materia ha tenido en épocas recientes y si con ella se está tratando de paliar las insuficiencias estructurales que presentaba el sistema hasta la actualidad.

El capítulo segundo aborda una tarea arduamente compleja, como es siempre la conceptualización de las instituciones jurídicas¹, acrecentada esta dificultad en el caso de los servicios sociales por el hecho de que estamos ante una acepción polisémica, lo que supone que en ella encuentren cabida diferentes modalidades de prestaciones asistenciales. A lo largo del capítulo, la autora aboga por la necesidad de restringir el concepto de servicios sociales, afirmando que, a menudo, el término se emplea para describir una realidad tan amplia que prácticamente encuentran acomodo en la misma cualquier tipo de política pública de orden social, laboral, cultural, educativa o cualquier otra de análoga naturaleza, lo que resulta contraproducente cuando se trata de materializar estas políticas o directrices en verdaderas prestaciones en favor de los ciudadanos. A su vez, el lector podrá beneficiarse de la labor de clasificación siempre de gran utilidad para organizar algunos de los conceptos esenciales en torno a la configuración del régimen jurídico de los servicios sociales.

1 Especial mención en el ámbito de la formación de conceptos jurídicos propios del derecho público merece la monografía de DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018. En este sentido, la misma autora destaca la complejidad inherente a la construcción dogmática en el ámbito jurídico, dificultada por la imposibilidad de abarcar la totalidad de las fuentes disponibles, pero tan necesaria para el progreso de la ciencia jurídica.

Efectuada la antedicha tarea de sistematización y conceptualización, la autora culmina el capítulo abordando dos cuestiones que incitan a la reflexión. Por un lado, analiza cuál es la posición jurídica que ocupa el ciudadano en las relaciones que le unen con la Administración pública, como destinatario el primero y responsable la segunda en la prestación de los servicios sociales. Y, por otro lado, en el último epígrafe el lector puede adentrarse en las observaciones formuladas por la profesora Garrido Juncal en torno a la naturaleza jurídica que ha de reconocerse a los servicios sociales, así como a los argumentos esgrimidos por la doctrina en relación con su eventual calificación como servicio público.

Seguidamente, el capítulo tercero se dedica a la revisión del marco normativo en el que se encuadra la regulación de los servicios sociales. A su vez, este se encuentra dividido en dos epígrafes diferenciados en los que se aborda el estudio de la constitucionalización de los servicios sociales a partir de la Carta Magna de 1978, para a continuación examinar en el segundo epígrafe las disposiciones autonómicas vigentes que regulan esta cuestión, así como las tensiones competenciales que se han producido tras las iniciativas del legislador estatal en un ámbito cuya competencia corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas (art. 148.1.20º CE).

Ciertamente, en España la configuración constitucional del Estado social no es una cuestión exenta de dificultades. Con carácter general, la lectura de nuestra Carta Magna permite individuar numerosas órdenes dirigidas a los poderes públicos cuyo contenido incorpora verdaderos mandatos destinados a la tutela de aquellos sectores de la población que se encuentran más desfavorecidos o en situación de vulnerabilidad. No obstante, la redacción ambigua y las cuantiosas remisiones hacen que estas obligaciones impuestas a los poderes públicos se diluyan, quedando reconducidas a meros principios programáticos que han de inspirar el ordenamiento jurídico, sin reconocérseles un contenido obligacional concreto. En lo que respecta al estudio de la regulación vigente, la totalidad de nuestras comunidades autónomas han asumido, en régimen de exclusividad, la aprobación de disposiciones cuyo objetivo principal se centra en la construcción de un régimen jurídico completo en materia de servicios sociales. No obstante, ha de destacarse la tendencia creciente del legislador nacional de “invadir” este marco competencial propio de las autonomías, que, a su vez y de forma sorprendente, han adoptado una actitud pasiva respecto a estas intrusiones, limitándose a adaptar su normativa propia a las nuevas directrices consagradas en las disposiciones estatales².

2 Con carácter general, la base competencial a la que recurre el legislador nacional cuando desea acometer alguna intervención legislativa en materia de servicios sociales es la señalada en el artículo 149.1.1º de la CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes”; así lo ha hecho, por ejemplo, con ocasión de la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Este hecho parece denotar la voluntad del legislador estatal de irrumpir en un ámbito de actuación que tradicionalmente ha venido desarrollado por las comunidades autónomas, sin perjuicio de las eventuales transferencias de fondos proporcionadas para financiar esta actividad prestacional. El hecho de que se recurra a esa habilitación constitucional tan abstracta y poco conectada, *a priori*, con los servicios sociales puede ser un elemento a tomar en consideración para atestiguar que el Estado ha invadido competencias propias de las autonomías, ya que si se encontrase formalmente legitimado para abordar esta labor se ampararía en alguna otra base de entre las expresamente previstas en el artículo 149 de la Carta Magna.

El último capítulo se centra en el estudio de las formas de gestión de los servicios sociales. Como ya resulta de sobra conocido, en el ámbito específico de esta tipología de servicios confluyen la iniciativa pública con la erogación privada de las prestaciones y demás beneficios de carácter asistencial que integran el contenido de la institución jurídica objeto de análisis. La conciliación de ambas formas de prestación no presenta en este sector de actividad ninguna problemática desde el punto de vista del respeto al principio de libre competencia, fuertemente implementado a raíz del proceso de liberalización económica instado por las autoridades europeas. En concreto, la compatibilidad de ambos regímenes, el privado, sujeto a las reglas de mercado, y el público, financiado con cargo a las disponibilidades presupuestarias de las administraciones, se justifica en la relevancia social que subyace a la prestación de estos servicios.

Así, la normativa actual que regula las formas de gestión de los servicios sociales es el resultado de un conjunto de acontecimientos que han influido de forma significativa en la normativa vigente. El primero de ellos no puede ser otro que la aprobación por las instituciones europeas del Cuarto Paquete de Directivas sobre contratación pública, cuestión íntimamente ligada al segundo elemento, que viene marcado por el modo de transposición de las mencionadas disposiciones al ordenamiento jurídico español. Respecto a este punto, he de limitar mis reflexiones a apuntar que la incorporación de las anteriores previsiones conlleva la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos y, dentro de este, de la modalidad del concierto, herramienta que tradicionalmente daba forma a los contratos que tenían como objeto la prestación de los servicios sociales. Finalmente, el último hito que caracteriza esta nueva regulación es la supervivencia de la figura del concierto social en las legislaciones de las comunidades autónomas, aspecto este último que es analizado con plena solvencia en la obra, a la cual nos remitimos para profundizar más sobre el tema.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que la lectura del libro recensionado resulta sumamente recomendable a todo tipo de público que desee formarse en la materia, ya que aporta a los lectores una visión global acerca del panorama jurídico vigente y de los retos a los que se enfrentan los servicios sociales en la actualidad. Todo ello analizado con un enfoque exhaustivo que garantiza al lector la certeza de adquirir el conocimiento necesario sobre los sucesivos cambios que han acaecido en este ámbito durante la paulatina evolución de la institución jurídica.

En definitiva, la obra resulta destacable no solo por la gran brillantez expositiva de su redacción, sino también por la accesibilidad con la que se expone una cuestión de tanto calado como lo es la construcción dogmática de los servicios sociales. Ello hace de la monografía un instrumento sumamente aconsejable para aquellos que deseen acometer el estudio del régimen jurídico de los servicios sociales a través del análisis de su evolución histórica y de la normativa vigente, así como de los desafíos y perspectivas que han de superarse en el futuro para el progreso en esta disciplina.

regap



RECENSIONES



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-desembro 2020 | pp. 549-552
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4593>
© María Victoria Álvarez Buján
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 29/07/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación

60 Regap

Regap



RECENSIONES

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Doctora en Derecho
Universidad de Vigo
Abogada
<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>
victoriaalvarezbujan@gmail.com

ORTIZ ESPEJO, D.: *Guía práctica para la interposición del recurso especial en materia de contratación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, 349 pp. ISBN: 978-84-9090-410-7.

La monografía objeto de comentario es de la autoría individual de D. Daniel Ortiz Espejo, doctor en Derecho y profesor asociado de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC), al mismo tiempo que abogado en ejercicio, que desarrolla su actividad especialmente en el marco del derecho administrativo y financiero. El autor presenta, a la vista de su trayectoria profesional, un perfil académico y, a la vez, práctico, y justamente en esa línea de conjunción entre la investigación y la praxis se encuentra elaborada la obra en cuestión, de singular utilidad.

Para contextualizar este trabajo o hacer una composición de lugar acerca de él, hemos de señalar que toma como eje central la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen 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, que han conllevado relevantes novedades en lo que atañe al régimen jurídico de la contratación pública. En síntesis, podemos indicar que nos hallamos ante un recurso gratuito para las personas que decidan hacer uso de tal instrumento, cuya interposición es potestativa, de modo que el/la recurrente puede escoger entre presentar este o acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa¹, ya que contra las actuaciones susceptibles de ser impugnadas mediante este recurso especial no cabe la interposición de recursos ordinarios (de alzada o reposición). En definitiva, este recurso supone un mecanismo, a disposición de los licitadores, para controlar que la actuación administrativa se ajuste a la legalidad y, más en particular, a la observancia de las previsiones y exigencias establecidas en la mencionada LCSP.

En cuanto al diseño y contenido del trabajo, debemos señalar que, tras la compilación de abreviaturas utilizadas a lo largo de él y de las consideraciones efectuadas a modo de introducción, se encuentra estructurado en cinco capítulos perfecta y estratégicamente organizados. Al final incluye, en epígrafes separados, una guía de formularios tipo y un decálogo para la preparación de un recurso especial en materia de contratación. Asimismo, recoge el conjunto de resoluciones citadas, el glosario de términos de contratación pública y las referencias bibliográficas empleadas como apoyo y soporte para la redacción de la obra, además de un directorio con información práctica de los tribunales administrativos de contratación. En suma, se trata de una obra completa, que toca todos los aspectos de enjundia e interés teórico y práctico relativos al recurso especial en materia de contratación.

Adentrándonos ya en el contenido de cada capítulo, hemos de reseñar que el primero de ellos se titula “Aproximación al recurso especial en materia de contratación”. Este capítulo posee un corte preliminar o introductorio, que comienza abordando los antecedentes existentes en relación con este particular tema objeto de estudio, para proseguir con el análisis de los motivos que justifican este recurso especial, su incorporación y regulación en nuestro ordenamiento. En este contexto, se examina también la naturaleza jurídica y las características que reviste el referido recurso, amén de la delimitación de su ámbito de aplicación (que se ha visto ampliado por la nueva Ley de contratos del sector público), tanto subjetivo como objetivo.

El segundo capítulo se centra en los “Aspectos orgánicos de los tribunales administrativos (TACRC, tribunales autonómicos, provinciales y municipales)”. Aquí, tras realizar un planteamiento de cuestiones previas, se dedican dos epígrafes individualizados a examinar las particularidades del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y de los tribunales autonómicos de contratación pública. Acto seguido, se profundiza en el estudio de los órganos competentes para la resolución

1 No obstante, ha de precisarse que, si se opta por interponer dicho recurso, no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que este sea resuelto de manera expresa o se haya producido su desestimación presunta (por silencio administrativo).

del recurso especial en materia de contratación en las entidades locales, poniendo lógicamente el acento, por un lado, en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y, por otro lado, en los tribunales propios de las diputaciones provinciales y municipales, punto en relación con el cual se resaltan los problemas sobre la determinación de la competencia. Como cierre del capítulo, se analiza el Estatuto de los miembros, desgranando el significado y alcance de la independencia del órgano, la competencia para el nombramiento, los requisitos de los miembros, su inamovilidad y la duración del mandato.

Por su parte, el tercer capítulo abunda en los aspectos procedimentales del recurso especial en materia de contratación, siendo esta, quizás, a nuestro juicio, la parte más práctica de la obra, de singular utilidad para profesionales de la abogacía, toda vez que, además de examinar en detalle los fundamentos jurídicos relativos a las partes, su capacidad, representación y legitimación, desarrolla todos los aspectos clave de las distintas fases en las que se compone este recurso especial, esto es, la interposición, tramitación (con instrucción, remisión del expediente y prueba) y resolución. Se marcan aquí, de un modo ilustrativo, didáctico y riguroso, las pautas relativas a la forma, lugar, efectos y plazos de interposición, aludiendo además a la posibilidad de solicitar y adoptar medidas cautelares, las causas de inadmisión y los supuestos de acumulación. En relación con la resolución, se tratan aspectos concernientes al plazo máximo para resolver, a las formas anormales de terminación anticipada (desistimiento, extinción por imposibilidad y allanamiento), a las aclaraciones sobre el recurso, a la indemnización de daños y perjuicios, a la fijación de garantías y a su devolución, amén de a la ejecución de las resoluciones y a la revisión de las decisiones de los tribunales. Refleja aquí el autor un pleno dominio de las figuras e institutos procesales, así como de los conceptos propios del derecho administrativo.

El capítulo cuarto, que lleva por título “El régimen de invalidez de los contratos administrativos”, se inicia con la realización de una aproximación a los cambios y novedades introducidos por la LCSP, para ahondar seguidamente en el régimen de invalidez de los contratos administrativos, examinando con detalle los supuestos de invalidez, las causas de nulidad, las cuales se distinguen de las causas de anulabilidad, la revisión de oficio y la invalidez en el derecho civil.

Por último, el capítulo V recopila, a modo de guía, la principal doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales. Con ello se pretende sistematizar la ingente y variada casuística que continuamente se plantea respecto de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Se clasifica así la doctrina existente y que en muchos aspectos es cambiante, por bloques temáticos, fundamentalmente atinentes a los pliegos de contratación, al procedimiento de licitación, a la admisión de ofertas, a la exclusión de licitadores, a la adjudicación y a los criterios de valoración, al margen de otras cuestiones que también pueden suscitarse en el marco de la resolución de esta clase de recurso especial. Sin lugar a dudas, este apartado en particular facilita notoriamente el estudio de la temática a los operadores jurídicos que necesiten empaparse de la regulación, funcionamiento y efectos de este recurso en la práctica.

Regap



RECENSIONES

Llegados a este punto y una vez que hemos reflejado sintéticamente el contenido global de esta obra, como broche o cierre a esta reseña, no podemos hacer otra cosa más que recomendar su lectura, de contenido no solo académico e investigador, sino también práctico (como su propio título ya pronostica) y rica en el manejo de fuentes bibliográficas por su autor. En efecto, la obra, que resulta notablemente amena, se presenta apta y de sumo interés para todos los operadores jurídicos, al tratar un tema que cada día se encuentra más en boga en el marco del derecho administrativo y del funcionamiento práctico de la Administración pública y, por consiguiente, de nuestro Estado, y que suscita –y continuará suscitando– desafíos, polémicas y controversias.

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 recensión) 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