

61 Regap

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 61 (xaneiro-xuño 2021)

_ESTUDIOS **[01]** CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. Robots, asistentes virtuais e automatizacións das administracións públicas **[02]** REY MARTÍNEZ, Fernando. O organismo español para a igualdade: claves para a súa converxencia co modelo europeo **[03]** DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes. Os concellos e as infraestruturas da sociedade da información **[04]** CARRO CASTRO, Francisco Javier. As edificacións tradicionais do artigo 40 da Lei do solo de Galicia: concepto, evolución e análise **[05]** PARDO RODRÍGUEZ, Sabela. Os condominios no Dereito comparado e no Dereito urbanístico galego **_COMENTARIOS E CRÓNICAS** **[06]** BARBEITO POSE, Víctor José e BUSTELO ABUÍN, Julián. As deficiencias das ferramentas de xeolocalización dos xacementos arqueolóxicos e as súas consecuencias sobre a protección do patrimonio cultural de Galicia **[07]** IGLESIAS REY, Patricia. Ideas forza en clave xurídica para a captación dos fondos europeos de recuperación: Next Generation EU **[08]** NEIRA BARRAL, Daniel. Os efectos da Directiva ECN+ no sistema de competencia español **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIÓNS** **[10]** FUERTES LÓPEZ, Mercedes. Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas **[11]** ARMAS CASTILLA, Noel. El derecho de acceso a la información pública **[12]** VARELA HERNÁNDEZ, Anxo. Buen gobierno y buena administración. Cuestiones clave **[13]** VIOQUE MARTÍNEZ, Emma. Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural **[14]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia

_ESTUDIOS **[01]** CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas **[02]** REY MARTÍNEZ, Fernando. El organismo español para la igualdad: claves para su convergencia con el modelo europeo **[03]** DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes. Los municipios y las infraestructuras de la sociedad de la información **[04]** CARRO CASTRO, Francisco Javier. Las edificaciones tradicionales del artículo 40 de la Ley del suelo de Galicia: concepto, evolución y análisis **[05]** PARDO RODRÍGUEZ, Sabela. Los condominios en el Derecho comparado y en el Derecho urbanístico gallego **_COMENTARIOS Y CRÓNICAS** **[06]** BARBEITO POSE, Víctor José y BUSTELO ABUÍN, Julián. Las deficiencias de las herramientas de geolocalización de los yacimientos arqueológicos y sus consecuencias sobre la protección del patrimonio cultural de Galicia **[07]** IGLESIAS REY, Patricia. Ideas fuerza en clave jurídica para la captación de los fondos europeos de recuperación: Next Generation EU **[08]** NEIRA BARRAL, Daniel. Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español **[09]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIONES** **[10]** FUERTES LÓPEZ, Mercedes. Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas **[11]** ARMAS CASTILLA, Noel. El derecho de acceso a la información pública **[12]** VARELA HERNÁNDEZ, Anxo. Buen gobierno y buena administración. Cuestiones claves **[13]** VIOQUE MARTÍNEZ, Emma. Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural **[14]** ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia

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

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

CONSELLO DE REDACCIÓN:

Directora: **Sonia Rodríguez-Campos González**, directora da Escola Galega de Administración Pública (Galicia, España); codirector: **Juan J. Raposo Arceo**, UDC (Galicia, España); 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.v0i61>

Depósito legal: C-1.596-91

Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo 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. 61, xaneiro-xuño 2021 \ Number 61, January-June 2021

Sumario/Summary

1 ESTUDOS / STUDIES

Agustí Cerrillo i Martínez

Robots, asistentes virtuais e automatizacións das administracións públicas. . . 5
Robots, virtual assistants and automation of public administrations

Fernando Rey Martínez

O organismo español para a igualdade: claves para a súa converxencia
 co modelo europeo 43
The Spanish body for equality: keys to its convergence with the European model

Lourdes de la Torre Martínez

Os concellos e as infraestruturas da sociedade da información 75
Municipalities and infrastructures of information society

Francisco Javier Carro Castro

As edificacións tradicionais do artigo 40 da Lei do solo de Galicia:
 concepto, evolución e análise. 113
*Traditional buildings of the article 40 in the Galician urban Law: concept,
 evolution and analysis*

Sabela Pardo Rodríguez

Os condominios no Dereito comparado e no Dereito urbanístico galego 139
Condominiums in comparative law and in Galician urban law

2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Víctor José Barbeito Pose e Julián Bustelo Abuín

As deficiencias das ferramentas de xeolocalización dos xacementos arqueolóxicos e as súas consecuencias sobre a protección do patrimonio cultural de Galicia. 163
The deficiencies of the geolocation tools of archaeological sites and their consequences on the protection of the cultural heritage of Galicia

Patricia Iglesias Rey

Ideas forza en clave xurídica para a captación dos fondos europeos de recuperación: Next Generation EU 177
Strong legal ideas for attracting European recovery funds: Next Generation EU

Daniel Neira Barral

Os efectos da Directiva ECN+ no sistema de competencia español. 195
The effects of the ENC+ Directive in the Spanish legal system

Francisco de Cominges Cáceres

Xurisprudencia contencioso-administrativa 205
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIÓNS / REVIEWS

Mercedes Fuertes López

Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas. . . . 241

Noel Armas Castilla

El derecho de acceso a la información pública 245

Anxo Varela Hernández

Buen gobierno y buena administración. Cuestiones clave. 249

Emma Vioque Martínez

Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural 255

María Victoria Álvarez Buján

La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. 261

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 5-42
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4791>
© Agustí Cerrillo i Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 02/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Robots, asistentes virtuais e automatizacións das administracións públicas

Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas

61 Regap

Robots, virtual assistants and automation of public administrations

Regap



ESTUDOS

AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ
Catedrático de Dereito Administrativo
Universitat Oberta de Catalunya

<https://orcid.org/0000-0002-1577-4194>

acerrillo@uoc.edu

Resumo: Os robots software son dispositivos utilizados para automatizar tarefas ou para interactuar con dispositivos. Nos últimos tempos, algúns robots software están a utilizar intelixencia artificial para poder desenvolver tarefas complexas ou aprender da experiencia. Todo iso xa está a ter aplicacións nas administracións públicas.

Neste artigo analízase como a automatización das administracións públicas incide nos principios da Administración dixital. Así mesmo, estúdase a regulación da actuación administrativa a través de robots e os límites que impón a normativa de protección de datos. Ademais, expónse o impacto que o uso de robots pode ter no emprego público. Finalmente, identifícanse os procedementos que utilizan as administracións públicas para incorporar robots software.

Palabras clave: Robot software, chatbot, intelixencia artificial, automatización, Administración pública, transparencia.

Resumen: Los robots software son dispositivos utilizados para automatizar tareas o para interactuar con dispositivos. En los últimos tiempos, algunos robots software están utilizando inteligencia artificial para poder desarrollar tareas complejas o aprender de la experiencia. Todo ello ya está teniendo aplicaciones en las administraciones públicas.

En este artículo se analiza cómo la automatización de las administraciones públicas incide en los principios de la Administración digital. Asimismo, se estudia la regulación de la actuación administrativa a través de robots y los límites que impone la normativa de protección de datos. Además, se expone el impacto que el uso de robots puede tener en el empleo público. Finalmente, se identifican los procedimientos que utilizan las administraciones públicas para incorporar robots software.

Palabras clave: Robot software, chatbot, inteligencia artificial, automatización, Administración pública, transparencia.

Abstract: Software robots are devices used to automate tasks and to interact with devices. In recent times, some software robots are using artificial intelligence to develop more complex tasks or to learn from experience to improve results. All this has several applications in public Administration.

In this paper, we analyse how public Administration automatization through software robots has an impact in e-government principles. As well, we study the regulation of public activity through robots and the limits stated by data protection regulation. Furthermore, we explain the impact that the use of software robots can have in public employment. Finally, we identify the different procedures used by public Administration to add software robots.

Key words: Software robot, chatbot, artificial intelligence, automatization, public Administration, transparency.

SUMARIO: 1 Robots, asistentes virtuais e intelixencia artificial. 1.1 Robots software e robots conversacionais. 1.2 Robots software e intelixencia artificial. 2 Os robots na Administración pública. 3 Os principios da automatización robótica da Administración pública. Especial mención aos principios de transparencia, igualdade e non discriminación. 3.1 Os principios da automatización robótica. 3.2 O principio de transparencia da actuación administrativa. 3.3 O principio de igualdade e non discriminación. 4 A automatización a través de robots como actuación administrativa automatizada. 4.1 A actuación administrativa robótica. 4.2 A protección de datos persoais como límite á automatización. 5 Automatización e emprego público. 6 A incorporación dos robots á Administración pública. 7 Reflexións finais.

1 Robots, asistentes virtuais e intelixencia artificial

O Concello do pequeno municipio coruñés de Rois puxo en marcha un robot para automatizar diversas tarefas como cubrir formularios, transcribir información ou cruzar bases de datos e, a medio prazo, tamén poder replicar algunhas das actividades que levan a cabo as empregadas e empregados públicos¹.

Na outra punta de España, o Concello de Málaga puxo en funcionamento a *Victoria la Malagueña*, un robot conversacional que facilita a veciños e veciñas información de interese xeral como aparcadoiros públicos dispoñibles, a frecuencia dos autobuses ou os equipamentos da cidade e, por se fose pouco, tamén conta chistes e explica expresións típicas da cidade aos turistas².

¹ "El pueblo gallego donde los robots son burócratas", *El País*, 2 de novembro de 2020. Acceso web: <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-01/el-pueblo-gallego-donde-los-robots-son-burocratas.html> (maio de 2021).

² "Victoria la Malagueña: la asistente de voz virtual enamorada de su ciudad", *La Vanguardia*, 16 de febreiro, 2020. Acceso web: <https://www.lavanguardia.com/ocio/viajes/20200216/473600007571/victoria-la-malaguena-la-asistente-de-voz-virtual-enamorada-de-su-ciudad.html> (maio de 2021).

Estes son dous exemplos do uso de robots nas administracións públicas e na prestación dos servizos públicos.

Desde un punto de vista xeral, os robots son dispositivos que se definen pola súa capacidade para relacionarse co contorno a través de sensores ou do intercambio de datos, para analizar os datos á súa disposición, así como para adaptar de xeito autónomo o seu comportamento ao contorno.

Con frecuencia, os robots tamén se caracterizan por ter un soporte físico. Non obstante, non todos os robots comparten este elemento. En efecto, os robots citados como exemplo ao inicio deste artigo non se caracterizan por ter un soporte físico, senón dixital, son aplicacións. Nestes casos, atopámonos ante o que se coñece como robots software. Estes robots non son físicos nin actúan sobre obxectos, senón que interactúan con outras aplicacións, pantallas ou sistemas. Non obstante, os robots software non son só un programa, senón que se definen por desenvolver tarefas automaticamente actuando como se fosen persoas³.

O uso de robots software polas administracións públicas é un instrumento para a automatización da actuación administrativa. Como se afirmou, os robots son unha “forza de traballo virtualizada”⁴. Non obstante, malia a utilidade que poden ter estes robots na automatización da Administración pública, a súa expansión no sector público está bastante lonxe de atoparse xeneralizada e está distanciada do que se observa no sector privado⁵.

Normalmente, os robots software empréganse para desenvolver tarefas sinxelas e rutineiras, así como para a comunicación entre persoas e máquinas. Non obstante, cada vez estanse a utilizar máis estes robots para realizar labores máis complexos que requiren maiores capacidades. A iso está a contribuír o uso de intelixencia artificial polos robots software.

³ GAVILÁN, I.G.R., *Robots in la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, Anaya, Madrid, 2021.

⁴ ALBERTH, M. e MATTERN, M., “Understanding robotic process automation (RPA)”, *Journal of Financial Transformation*, n. 46, 2017, p. 55.

⁵ No sector privado, os robots software estanse a estender rapidamente. De feito, algúns autores falan do “tsunami dos chatbots” (GRUDIN, J. e JACQUES, R., “Chatbots, Humbots, and the Quest for Artificial General Intelligence”, *2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Association for Computing Machinery, Glasgow, Scotland UK, 2019, p. 4). Segundo Gartner, en 2021, o 15% das interaccións dos consumidores xestionaríanse completamente con chatbots (BRYAN, J., *Trends in Gartner Hype Cycle for Customer Service and Customer Engagement*, Gartner, 2018). Iso comportará un incremento do mercado dos chatbots que pasará dos 250 millóns de dólares en 2017 aos 1,34 billóns de dólares en 2024 (PISE, R., “Chatbot market size is set to exceed USD 1.34 billion by 2024”, *ClickZ*, 6 de xullo, 2018). De feito, é de esperar que, coa recente extensión de asistentes virtuais da man das grandes empresas tecnolóxicas, tamén se vaian estendendo os robots conversacionais entre as administracións públicas (LOMMATZSCH, A., “A next generation chatbot-framework for the public administration”, *International Conference on Innovations for Community Services*, Springer, Žilina, Slovakia, 2018, p. 127). De Cicco sintetiza as razóns do éxito dos robots conversacionais no feito de que “axudan aos consumidores a atopar solucións en calquera lugar, en calquera momento e con calquera dispositivo” (DE CICCIO, R., DA COSTA E SILVA, S.C.L. e PALUMBO, R., *Should a Chatbot Disclose Itself? Implications for an Online Conversational Retailer*, Springer International Publishing, Cham, 2021, p. 4).

1.1 Robots software e robots conversacionais

Seguindo a Gavilán, existen dúas grandes clases de robots software: os robots software utilizados para a automatización robótica de procesos e os robots conversacionais tamén coñecidos como chatbots⁶.

a) Robots software para a automatización de procesos

Os robots software para a automatización robótica de procesos (RPA, nas súas siglas en inglés) son programas deseñados para realizar un conxunto de accións predefinidas en sistemas de información⁷. Os robots software son un termo xenérico para referirse a aqueles programas de ordenador que emulan e replican actividades humanas como interpretar ou manipular pantallas, acceder a bases de datos ou realizar cálculos⁸.

As tarefas que en xeral se automatizan utilizando robots software caracterízanse por ser repetitivas e rutinieras. Normalmente, estas tarefas tamén son masivas⁹.

Os robots desenvolven tarefas sinxelas e tradicionalmente non achegan intelixencia a estas¹⁰. Polo xeral, as tarefas realizadas por robots software baséanse en regras precisas, sinxelas, fixadas previamente, altamente formalizadas e con poucas excepcións. A realización destas tarefas non require ter grandes coñecementos nin tampouco efectuar ningún xuízo.

Os robots software interactúan con aplicacións xa existentes tal como o faría unha persoa sen a necesidade de que esta interveña¹¹. Os robots non modifican as aplicacións coas que interactúan, senón que simplemente xestionan información de e entre aplicacións. Deste xeito, os robots software len os datos contidos en ficheiros, bases de datos, documentos ofimáticos ou pantallas de aplicacións; realizan cálculos con eles ou toman decisións a partir deles e, se é o caso, escriben nas ditas aplicacións ou en bases de datos os resultados obtidos, cobren formularios ou conéctanse a sistemas. Tamén poden ser utilizados para coordinar aplicacións ou para navegar por Internet buscando información.

⁶ GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.

⁷ LINDGREN, I., "Exploring the Use of Robotic Process Automation in Local Government", *EGOV-CeDEM-ePart 2020*, Linköping University, Sweden, 2020, p. 249. Unha definición máis técnica da automatización robótica de procesos atopámola en IEEE STANDARDS ASSOCIATION, IEEE Guide for Terms and Concepts in Intelligent Process Automation. IEEE Std 2755-2017 (IEEE Std 2755-2017), 2017.

⁸ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", Asatiani, A. et al. (ed.), *Business Process Management: Blockchain and Robotic Process Automation Forum. BPM 2020. Lecture Notes in Business Information Processing*, Springer, Cham, 2020, p. 102.

⁹ HOFMANN, P., SAMP, C. e URBACH, N., "Robotic process automation", *Electronic Markets*, n. 30, 2020, p. 100; SYED, R., SU-RIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEEERD, I., WYNN, M.T. e REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", *Computers in Industry*, n. 115, 2020.

¹⁰ Como advierte Gavilán, "non encontramos apenas intelixencia artificial na lóxica, no verdadeiro pensamento do robot" (GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.).

¹¹ Como recordan HOFMANN et al., "os robots software automatizan procesos orixinalmente levados a cabo con traballo humano" (HOFMANN, P., SAMP, C. e URBACH, N., "Robotic process automation", cit., p. 99). Na mesma dirección, ANDERSEN, K.N., LEE, J. e HENRIKSEN, H.Z., "Digital Sclerosis? Wind of Change for Government and the Employees", *ACM Journal on Digital Government Research and Practice*, n. 1, 2020, p. 6.

Os robots software poden achegar numerosos beneficios a unha organización¹². A primeira e principal é unha redución de custos grazas a unha menor dedicación de persoas á realización das tarefas automatizadas, unha redución do tempo necesario para efectualas ou unha redución de erros ou de incumprimento das normas no desenvolvemento destas actividades ao desaparecer a intervención humana. Os robots tamén poden comportar maior calidade á prestación dos servizos.

Ademais, o uso de robots pode incrementar a dispoñibilidade ofrecendo un servizo permanente e ininterrompido 24 horas ao día 7 días á semana. Así mesmo, a súa incorporación nunha organización é relativamente sinxela, xa que non supón un traballo complexo de deseño e implementación, o que evita ter que facer grandes investimentos e aforra realizar cambios importantes nas aplicacións ou sistemas de información xa existentes. O feito de que os robots non substitúan ou manipulen o código das aplicacións coas que interactúan, senón que se relacionen con elas de igual xeito que o faría un usuario, simplifica enormemente a súa incorporación a unha organización e o seu encaixe nas aplicacións e os sistemas de información existentes, facilitando a automatización.

b) Os robots conversacionais

Os robots conversacionais son aplicacións deseñadas para que as persoas poidan interactuar con dispositivos en linguaxe natural¹³. A persoa relaciónase co robot a través da linguaxe oral ou escrita e este é capaz de entender o contido da mensaxe e actuar en consecuencia.

Os robots conversacionais poden ter distintas capacidades, como facilitar información previamente gardada ou manter unha conversa cunha persoa.

Alguns robots conversacionais, ademais, poden realizar algunhas funcións para dar resposta ás necesidades manifestadas pola persoa (por exemplo, comprar billetes de avión ou realizar reservas nun restaurante). Estes robots conversacionais coñécense como asistentes virtuais e, ademais de permitir a interacción coas persoas a través da voz ou o texto, realizan determinadas funcións ou danlles apoio na realización de tarefas concretas necesarias para poder gozar de servizos dixitais¹⁴.

Xunto a estas capacidades, que son as máis habituais, os robots conversacionais tamén poden chegar a analizar a información facilitada polo usuario e, a partir da

¹² SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. e REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", cit., p. 3.

¹³ Os chatbots teñen xa unha longa historia que se iniciou co deseño en 1966 de ELIZA, un chatbot que simulaba un psicoterapeuta. Pero, mesmo con anterioridade a esa data, a interacción entre humanos e ordenadores xa fora obxecto de atención, entre outros, por Turing, quen en 1950 creou un test para discernir se unha máquina tiña ou non un comportamento intelixente. Non obstante, non foi ata 1991 cando por primeira vez se utilizou o termo chatbot. Na década actual, os chatbots experimentaron un desenvolvemento significativo especialmente da man dos asistentes virtuais incorporados en distintos dispositivos deseñados por grandes empresas tecnolóxicas (por exemplo, Siri de Apple, Google Assistant, Cortana de Microsoft, Alexa de Amazon ou Watson de IBM). Véxase un breve repaso histórico en ADAMOPOULOU, E. e MOUSSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", *Machine Learning with Applications*, n. 2, 2020, pp. 2-3.

¹⁴ En calquera caso, debemos advertir que non existe unha distinción clara entre robots conversacionais e asistentes virtuais. De feito, propuxéronse numerosos criterios para clasificar os robots conversacionais; por exemplo, en función do seu contexto físico, a memoria de intercambio, a relación entre a conversación e a función realizada ou a profundidade, amplitude e duración da relación coas persoas. Véxase ao respecto CASAS, J., TRICOT, M.-O., ABOU KHALED, O., MUGELLINI, E. e CUDRÉ-MAUROUX, P., "Trends & Methods in Chatbot Evaluation", *Companion Publication of the 2020 International Conference on Multimodal Interaction*, Virtual Event Netherlands, 2020, p. 281; e GRUDIN, J. e JACQUES, R., "Chatbots, Humbots, and the Quest for Artificial General Intelligence", cit.

dita análise, predicir necesidades futuras¹⁵ ou fomentar determinados comportamentos na persoa¹⁶.

Os robots conversacionais poden interactuar coas persoas de maneiras máis ou menos complexas¹⁷: facilitando información a partir das preguntas xenéricas formuladas ou das palabras propostas por elas; ofrecendo unha axuda orientada a dar resposta ás necesidades específicas dunha persoa que implica a recompilación e análise de información relevante e personalizada ou, mesmo, negociando con cada persoa a opción que mellor se axusta ás súas necesidades en función da información facilitada.

O uso de robots conversacionais tamén pode entrañar numerosos beneficios para unha organización. Ademais da redución de custos, como no caso dos robots software, o uso de robots conversacionais permite mellorar significativamente a experiencia do usuario ao ofrecerlle unha maior dispoñibilidade, xa que sempre hai un robot conversacional dispoñible e unha redución de tempo de espera para recibir un servizo ou para a realización dunha xestión. Ademais, o uso de robots conversacionais facilita a personalización dos servizos¹⁸.

1.2 Robots software e intelixencia artificial

Os robots software polo xeral utilízanse para automatizar tarefas sinxelas e rutineiras reguladas por normas básicas que admiten poucas excepcións. Como graficamente describe Viehhauser, estes robots son “substitutos dos brazos e as pernas dos traballadores humanos”¹⁹. En cambio, engadimos nós, habitualmente os robots software non substitúen o seu cerebro.

En efecto, os robots software non utilizan xeralmente intelixencia artificial²⁰. Non son capaces de entender e aprender, adaptarse a distintas circunstancias, afrontar excepcións, xerar novos coñecementos ou exhibir novos comportamentos se non están previstos nas regras que regulan as tarefas que desenvolven. Os robots software normalmente non aprenden da experiencia para tomar decisións por si mesmos identificando correlacións entre os datos que son utilizadas para xerar patróns e

¹⁵ PETRIV, Y., ERLNHEIM, R., TSAP, V., PAPP, I. e DRAHEIM, D., “Designing Effective Chatbot Solutions for the Public Sector: A Case Study from Ukraine”, Chugunov, A., Khodachek, I., Misnikov, Y. e Trutnev, D. (eds.), *Electronic Governance and Open Society: Challenges in Eurasia: 7th International Conference, EGOS 2020*, Springer International Publishing, Cham, 2020, p. 321.

¹⁶ Nesta dirección, os robots conversacionais poden ser un acicate (*nudge*). Respecto ás consideracións éticas dos *robot nudges*, véxase BORENSTEIN, J. e ARKIN, R., “Robotic nudges: the ethics of engineering a more socially just human being”, *Science and engineering ethics*, n. 22, 2016, pp. 31-46.

¹⁷ Seguimos neste punto a MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K. e TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, *First Monday*, n. 25(12), 2020.

¹⁸ BELEN SAĞLAM, R. e NURSE, J.R.C., “Is your chatbot GDPR compliant? Open issues in agent design”, *2nd Conference on Conversational User Interfaces*, Association for Computing Machinery, Bilbao, 2020, p. 1.

¹⁹ VIEHHAUSER, J., “Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation”, cit., p. 102.

²⁰ VIEHHAUSER observa ao analizar distintos robots software que “a automatización robótica de procesos non é intelixente e non necesita capacidades intelixentes. É, por definición, un software para o procesamento de secuencias de clics baseado en regras con resultados previsibles e estables” (VIEHHAUSER, J., “Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation”, cit., p. 102).

modelos. Os robots software tampouco son capaces habitualmente de xestionar información incerta ou excepcións²¹.

Non obstante, iso non quere dicir que a intelixencia artificial sexa allea aos robots software²². En efecto, os robots software poden utilizar a intelixencia artificial, e cada vez fano con maior frecuencia, para desenvolver determinadas operacións previas á automatización de tarefas, como recoñecer ou procesar datos non estruturados (por exemplo, textos ou imaxes) ou para relacionarse con persoas²³.

Nesta dirección, os robots software utilizan a intelixencia artificial para o procesamento da linguaxe natural e o recoñecemento de imaxes. É habitual que os robots software usen algoritmos de intelixencia artificial para poder captar e comprender o que lles din as persoas a través da comprensión automática da linguaxe humana (escrita ou oral) ou para identificar os obxectos presentes nunha imaxe estática ou nun vídeo mediante a visión computadorizada. Deste xeito os robots adquiren a capacidade de entender o contido dunha mensaxe ou dunha conversa a través do procesamento da linguaxe natural, de identificar datos non estruturados, de recoñecer caracteres que conforman unha palabra a través da visión computadorizada ou de identificar a connotación positiva ou negativa dun texto mediante a análise de sentimentos²⁴.

Pero, nos últimos tempos, algúns robots software utilizan a intelixencia artificial para *ser máis listos*²⁵. Nesta dirección, algúns robots están empezando a usar a intelixencia artificial non de xeito complementario (entender textos ou conversas), senón en relación coa súa *lóxica de negocio*, é dicir, ás tarefas que se automatizaron.

Pouco a pouco os robots software utilizados para a automatización robótica de procesos empregan intelixencia artificial non só para buscar datos, senón tamén para definir as funcións a realizar a partir dos datos obtidos²⁶.

Así mesmo, os novos robots conversacionais non só responden ás persoas usuarias de modo regulado seleccionando a resposta axeitada dun conxunto de respostas predefinidas, recollidas nunha base de datos, polo deseñador ou desenvolvedor do chatbot (o que se coñece como chatbot baseado en regras), senón que son capaces de xerar as respostas a partir do que aprenden da propia conversa e tendo en conta o

²¹ NG, K.K.H., CHEN, C.-H., LEE, C.K.M., JIAO, J. e YANG, Z.-X., "A systematic literature review on intelligent automation: Aligning concepts from theory, practice, and future perspectives", *Advanced Engineering Informatics*, n. 47, 2021, p. 8.

²² Autores como ADAMOPOULOU e MOUSSIADES definen o chatbot como un programa de intelixencia artificial (ADAMOPOULOU, E. e MOUSSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", cit., p. 1).

²³ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102; HOFMANN, P., SAMP, C. e URBACH, N., "Robotic process automation", cit., p. 99. De feito, o renovado interese polos robots conversacionais é debido en parte aos avances experimentados nos últimos anos pola intelixencia (FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. e BJØRKLİ, C.A., "What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study", *Internet Science. 5th International Conference. INSCI 2018*, Springer, Cham, 2018).

²⁴ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102, observa que sete de cada dez casos de automatización robótica de procesos analizados utilizan a visión computadorizada para identificar, entender ou clasificar elementos dixitais en obxectos, constituíndo a intelixencia artificial o núcleo da automatización.

²⁵ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102; VAN NOORDT, C. e MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", *International Conference on Electronic Participation*, Springer, Cham, 2019, p. 50.

²⁶ HOFMANN, P., SAMP, C. e URBACH, N., "Robotic process automation", cit., p. 99.

contexto en que se produce ou a experiencia previa utilizando técnicas para a comprensión da linguaxe natural grazas ao uso de algoritmos de aprendizaxe automática, redes neuronais e aprendizaxe profunda (chatbot xenerativo)²⁷.

Aínda que os primeiros poden resultar de utilidade para poder facilitar resposta a unha ou dúas preguntas xerais sobre un tema, os segundos permiten levar a cabo unha auténtica conversa entre a persoa e o robot e poden dar resposta a preguntas máis complexas ou específicas ou facilitar información personalizada en función do perfil do usuario ou dos datos que facilitase ao robot. Tamén poden chegar a propor ou recomendar servizos ou información de maneira proactiva.

Grazas ao uso da aprendizaxe automática, a aprendizaxe profunda e as redes neuronais, algúns robots conversacionais aprenden das conversas mantidas coas persoas, o que lles permite mellorar a calidade das súas respostas, capturar información, procesar datos non estruturados ou cooperar con elas²⁸. Deste modo, o robot irá aprendendo e irá mellorando as súas respostas no futuro²⁹.

A intelixencia artificial tamén pode ser utilizada polos robots conversacionais para a análise predictiva, de maneira que a partir dos datos xerados nas interaccións entre os chatbots e os usuarios se poidan identificar patróns ou perfís ou predicir situacións³⁰.

A pesar de todas estas posibilidades, como observa Viehhauser, o uso da aprendizaxe automática polos robots software aínda é limitado, focalizado en lograr unha maior eficiencia ou ampliar a súa utilidade³¹. En calquera caso, diversos estudos sinalan como o futuro dos robots software pasa pola intelixencia artificial, o que lles permitirá ampliar o abano de utilidades e, sobre todo, poder substituír as persoas en tarefas máis complexas³².

A incorporación da intelixencia artificial pode levar os robots software a un novo nivel de desenvolvemento³³. Así mesmo, pode abrir novas posibilidades na automatización da actuación administrativa. Pero tamén pode entrañar novos riscos que as administracións públicas deberán coñecer e valorar e, se é o caso, abordar.

²⁷ ADAMOPOULOU, E. e MOUSSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", cit., p. 1; ANDROUTSOPOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. e CHARALABIDIS, Y., "Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots". *Government Information Quarterly*, n. 36, 2019, p. 358.

²⁸ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102.

²⁹ MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. e TATE, M., "A Typology of Chatbots in Public Service Delivery", *IEEE Software*, abril 2021, p. 4.

³⁰ ANDROUTSOPOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. e CHARALABIDIS, Y., "Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots", cit. p. 360.

³¹ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102.

³² ALBERTH, M. e MATTERN, M., "Understanding robotic process automation (RPA)", cit.

³³ En función do nivel de uso da intelixencia artificial polos robots software, atopámonos ante o proceso de automatización intelixente (IPA), o proceso de automatización intelixente aumentado (AIPA) ou os axentes autónomos (AA). Véxase ao respecto NG, K.K.H., CHEN, C.-H., LEE, C.K.M., JIAO, J. e YANG, Z.-X., "A systematic literature review on intelligent automation: Aligning concepts from theory, practice, and future perspectives", cit.

2 Os robots na Administración pública³⁴

As administracións públicas xa empezaron a incorporar os robots software no desenvolvemento das súas actividades e na prestación de servizos públicos³⁵. En efecto, como expón Bermúdez, “a robotización non é unha tecnoloxía do futuro. Actualmente a Seguridade Social está a empregar a automatización robótica de procesos para substituír tratamentos manuais no proceso de alta de autónomos, conseguíndose pasar de tempos de tratamento de minutos no proceso realizado por persoas a segundos no proceso robotizado”³⁶.

De feito, segundo o informe *Inteligencia artificial en el sector público*, os axentes virtuais xa son utilizados polo 30 % das entidades que afirman utilizar a intelixencia artificial, malia que este uso non se atopa aínda entre os usos da intelixencia artificial máis estendidos entre as administracións públicas³⁷.

Máis alá destes datos, non existe un catálogo ou inventario de experiencias de uso dos robots software por parte das administracións públicas españolas³⁸. Non obstante,

³⁴ Nestas páxinas non analizamos os robots cun soporte físico utilizados para a prestación de servizos públicos. Máis alá do uso tradicional destes robots para realizar tarefas perigosas ou custosas, nos últimos anos foise estendendo o uso de vehículos autónomos nalgúns concellos para prestar transporte público ou realizar tarefas de seguridade cidadá, así como, de xeito experimental, para dar apoio ou axuda a persoas que teñan determinadas necesidades (asistenciais, sanitarias, sociais) non só realizando tarefas físicas, senón tamén facilitando apoio psicolóxico aos seus usuarios. Como exemplo deste último uso, podemos traer colación a ARI, o robot de compañía para persoas maiores de Barcelona que permite recordarlles a medicación ou detectar situacións de urxencia. Véxase máis información en: https://ajuntament.barcelona.cat/personesgrans/es/noticia/el-robot-social-misty-ii-se-incorpora-a-la-vida-de-una-veintena-de-personas-mayores_907595 (maio de 2021).

³⁵ Como observan PIETERSON, W., EBBERS, W. e MADSEN, C.Ø., “New channels, new possibilities: A typology and classification of social robots and their role in multi-channel public service delivery”, *International Conference on Electronic Government, EGOV 2017*, Springer, Cham, 2017, a incorporación dos robots sociais abre a porta a unha nova xeración de canles para a relación coas administracións públicas. De feito, a automatización robótica de procesos é unha das tendencias máis recentes da Administración dixital BARCEVIČIUS, E., CIBAITĖ, G., CODAGNONE, C., GINEIKYTĖ, V., KLIMAVIČIŪTE, L., LIVA, G., MATULEVIČ, L., MISURACA, G. e VANINI, I., *Exploring Digital Government transformation in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, p. 24.

Máis alá das oficinas administrativas, algúns estudos sinalan que o 80 % das empresas estaban a estudar incorporar chatbots en 2020 (citado por ALMANSOR, E.H. e HUSSAIN, F.K., *Survey on Intelligent Chatbots: State-of-the-Art and Future Research Directions*, Springer International Publishing, Cham, 2020, p. 534). Así mesmo, Gartner prognosticaba en 2017 que unha persoa tería máis conversacións cun chatbot que coa súa parella. Acceso web: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-predicts-a-virtual-world-of-exponential-change/> (maio de 2021).

Véxase unha análise exhaustiva de distintos robots conversacionais utilizados por administracións públicas a nivel comparado en MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. e TATE, M., “A Typology of Chatbots in Public Service Delivery”, cit.

³⁶ PASTOR BERMÚDEZ, A., “Innovando con servicios digitales en la administración pública”, Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021. Segundo este autor, “Esta combinación de produtividade, precisión e baixo custo é unha tormenta perfecta que se dirixe cara ao mercado de traballo e afectará necesariamente ao sector público”.

³⁷ ERNST & YOUNG LLP, *Inteligencia artificial en el sector público. Cómo se benefician 213 organizaciones públicas de la IA. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes*, Microsoft, Madrid, 2020, pp. 44-45. Segundo o estudo, os usos máis entendidos da intelixencia artificial son mellorar a experiencia do usuario (39%), detección de fraudes (35%) ou personalización do servizo (35%).

En paralelo, cada vez son máis as persoas que afirman utilizar esta canle de comunicación. Segundo Statista, un terzo dos españois usa os asistentes virtuais de voz con frecuencia (un 4,2% case constantemente, o 9,4% varias veces ao día ou o 6,1% cada día). Acceso web: <https://es.statista.com/estadisticas/1018541/uso-de-asistentes-virtuales-de-voz-en-espana/> (maio de 2021).

³⁸ Como puxo de manifesto a Red Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial (DAIA) nas súas conclusións do I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial celebrado en Toledo, 1 de abril de 2019, “hai serios problemas para identificar e controlar as que están en marcha ou van ser implantadas nun futuro inmediato”. Por iso, propúxose que “[c] alquera intento de abordar a análise dos retos xurídicos que presenta a IA no sector público debería partir da elaboración dun catálogo exhaustivo das experiencias e iniciativas”.

iso non é obstáculo para poder sistematizar os seguintes usos nas administracións públicas³⁹:

En primeiro lugar, as administracións públicas utilizan os robots software para a automatización de procesos (por exemplo, cálculos de impostos, xestión de solicitudes de autorización, procesamento de sancións, xestión de admisións en centros educativos)⁴⁰. Nesta dirección, por exemplo, o Concello de Barcelona puxo en marcha un proxecto de automatización robótica de procesos para tramitar expedientes de terrazas ou para localizar persoas que se encontran en concurso de acredores e teñen algunha débeda co concello⁴¹.

En segundo lugar, as administracións públicas tamén usan os robots software para ofrecer servizos de información e atención á cidadanía. Así, por exemplo, o Concello de Córdoba dispón de Carina, un robot conversacional que ofrece información sobre o coronavirus⁴². Tamén podemos traer a colación a experiencia da Axencia Estatal de Administración Tributaria, que dispón dun chatbot para solucionar dúbidas sobre o IVE aos autónomos⁴³. Na mesma dirección, o Concello de Madrid pon á disposición da cidadanía un robot para atender dúbidas tributarias⁴⁴.

En terceiro lugar, as administracións públicas poden utilizar os robots software como asistentes virtuais, é dicir, non só para informar ou asesorar, senón tamén para realizar tarefas. Non obstante, na actualidade non é unha aplicación estendida entre as administracións públicas españolas malia que, en ocasións, se ofrecen os servizos de robots conversacionais como asistentes virtuais (por exemplo, nos casos da AEAT ou o Concello de Madrid referidos anteriormente). Noutros países, desde hai tempo, algunhas administracións públicas están a utilizar os asistentes virtuais comercializados polas grandes empresas tecnolóxicas para canalizar a comunicación

³⁹ O uso de robots conversacionais non só pode estar orientado á cidadanía, senón tamén aos empregados públicos. Esta é a finalidade, por exemplo, do chatbot PAIGE (*Procurement Answers and Information Guided Experience*) da cidade de San Francisco que facilita información aos empregados públicos sobre os procedementos de contratación pública ou do chatbot Mrs. Landingham utilizado para orientar novos empregados públicos na súa incorporación á Administración federal (acceso web: <https://18f.gsa.gov/2015/12/15/how-bot-named-dolores-landingham-transformed-18fs-onboarding/>).

⁴⁰ BARCEVIČIUS, E., CIBAITĖ, G., CODAGNONE, C., GINEIKYTĖ, V., KLIMAVIČIŪTĖ, L., LIVA, G., MATULEVIČ, L., MISURACA, G. e VANINI, I., *Exploring Digital Government transformation in the EU*, cit., p. 24.

⁴¹ Acceso web: <https://ajuntament.barcelona.cat/imi/es/proyectos/automatizacion-de-procesos-traves-de-la-robotica-rpa> (maio de 2021).

⁴² Acceso web: <https://www.cordoba.es/> (maio de 2021).

⁴³ Acceso web: https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/RSS/Todas_las_Novedades/Le_interesa_conocer/Ampliacion_de_contenido_en_el_Asistente_Virtual_IVA.shtml (maio de 2021).

⁴⁴ Acceso web: <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Actualidad/Noticias/El-Ayuntamiento-de-Madrid-pone-en-marcha-un-asistente-virtual-para-atender-dudas-tributarias/?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=852c423b6c0a1710VgnVCM2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=a12149> (maio de 2021).

e a asistencia á cidadanía⁴⁵. En España, o Concello de Madrid presentou en xaneiro de 2021 un proxecto para facilitar o acceso á información urbanística a través de Alexa⁴⁶.

É previsible que o uso dos robots software se estenda nos próximos tempos entre as administracións públicas españolas de igual modo que está a suceder no sector privado, polos numerosos beneficios que pode xerar⁴⁷. De feito, durante a crise sanitaria provocada pola Covid-19, observouse un incremento dos robots conversacionais postos á disposición da cidadanía polas administracións públicas⁴⁸.

A iso pode contribuír o Plan de dixitalización das administracións públicas 2021-2025, que define a Estratexia en materia de Administración dixital e servizos públicos dixitais⁴⁹, aprobado polo Goberno en xaneiro de 2021, no marco da Axenda España Dixital 2025⁵⁰. O plan contempla especificamente a automatización dixital de procesos no eixe relativo á transformación dixital da Administración xeral do Estado⁵¹. En particular, esta medida persegue deseñar e implantar unha plataforma corporativa que permita a automatización de actuacións administrativas e tarefas dos distintos departamentos ministeriais, incorporando compoñentes reutilizables de tratamento de datos, documentos, imaxes, vídeos, audios, etc., baseados en robotización e intelixencia artificial. Así mesmo, o plan tamén propón facilitar axuda financeira ás comunidades autónomas e entidades locais para a realización de proxectos vinculados coa transformación dixital, entre os que se inclúe a automatización de procesos⁵².

Regap



ESTUDIOS

⁴⁵ OBSERVATORY OF PUBLIC SECTOR INNOVATION (OPSI) e UNITED ARAB EMIRATES (UAE) MOHAMMED BIN RASHID CENTRE FOR GOVERNMENT INNOVATION (MBRCGI), *Seamless Government*, Embracing Innovation in Government. Global Trends, 2020, p. 16. En particular, algunhas administracións públicas xa están a utilizar experimentalmente asistentes virtuais para a prestación de servizos sociais. Véxase ao respecto WRIGHT, quen relata a experiencia dalgúns municipios británicos que utilizan asistentes virtuais como Alexa de Amazon ou Siri de Apple como alternativa ou substituto dos servizos e dispositivos de teleasistencia (WRIGHT, J., "The Alexification of Adult Social Care: Virtual Assistants and the Changing Role of Local Government in England", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, n. 18, 2021, p. 812).

Nos Estados Unidos de América, algunhas administracións públicas utilizan Alexa para axudarlle á cidadanía con cuestións relacionadas co censo (Las Vegas), facilitar información aos visitantes (Mississippi). 7 State or Local Governments Using Amazon Alexa. *Government technology* (26 de setembro de 2017). Acceso web: <https://www.govtech.com/civic/7-state-or-local-governments-using-amazon-alexa.html> (maio de 2021).

⁴⁶ Acceso web: <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Actualidad/Noticias/El-Ayuntamiento-presenta-el-Prototipo-Cibeles-un-proyecto-de-inteligencia-artificial-para-facilitar-el-acceso-a-la-informacion-urbanistica/?vgnnextfm=t=default&vgnnextoid=d672d703f2d4771> (maio de 2021).

⁴⁷ Ao respecto, podemos traer a colación o Informe do 30 de xaneiro de 2019 (A8-0019/2019) do Comité de Industria, Investigación e Enerxía do Parlamento Europeo sobre a política industrial europea en materia de intelixencia artificial e robótica, onde se subliñou que "son moitos os beneficios que se poden obter da intelixencia artificial e a robótica no sector público", recoñecendo, en particular, "o uso da automatización robótica de procesos e o impacto que pode ter na mellora dos procesos no sector público".

⁴⁸ Así, o robot conversacional Carina, incorporado en distintos concellos alacantinos (por exemplo, Alacante ou Novelda) ou Maia do Servizo Vasco de Saúde.

BONALES DAIMIEL e MARTÍNEZ advirten que, xeralmente, estes robots conversacionais incorporan un baixo nivel de intelixencia artificial, dándose a circunstancia de que con frecuencia non chegan a entender as preguntas formuladas, o que leva consigo que as respostas sexan limitadas (BONALES DAIMIEL, G. e MARTÍNEZ, E., "Using Virtual Assistants and Chatbots for Crisis Communication", *adResearch: Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, n. 25, 2021, p. 79).

⁴⁹ Acceso web: https://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/dam/jcr:ae43f87a-9cdb-4ed9-9d78-d665a-5d8491a/20210127_Plan_Digitalizacion_AP_2021-2025.pdf (maio de 2021).

⁵⁰ Acceso web: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-EspañaDigital_2025.pdf (maio de 2021).

⁵¹ Medida 5.

⁵² Medida 17.

Ademais do impulso que se poida dar desde a estratexia de Administración dixital, a Estratexia Nacional de Intelixencia Artificial tamén prevé, entre as medidas para a mellora dos servizos á cidadanía recollidas no eixe estratéxico relativo a potenciar o uso da intelixencia artificial na Administración pública, a automatización tanto para ofrecer á cidadanía e ás empresas uns servizos máis adaptados, usables, accesibles e personalizados como para optimizar o tempo e os recursos e mellorar a calidade dos servizos a través da automatización de tarefas rutineiras e repetitivas, de maneira que o funcionariado se poida dedicar a actividades de maior valor⁵³.

De todos os xeitos, máis alá das experiencias que xa se foron pondo en marcha por parte de distintas administracións públicas ou dos resultados que se poidan ir obtendo en relación coa automatización das administracións públicas a través de robots software a medida que se vaian implementando as diversas estratexias adoptadas, aínda queda un amplo camiño para xeneralizar o seu uso entre as administracións públicas e para conseguir todo o seu potencial.

3 Os principios da automatización robótica da Administración pública. Especial mención aos principios de transparencia, igualdade e non discriminación

Os principios da Administración dixital definen o marco xeral no que se debe desenvolver calquera servizo electrónico e, polo tanto, tamén a automatización robótica da actuación e o funcionamento das administracións públicas ou o uso de robots conversacionais na prestación de servizos públicos. Así mesmo, estes principios teñen unha importante función interpretativa do ordenamento xurídico e dan resposta ás lagoas que pode ter a lexislación vixente, particularmente respecto á incorporación dos robots software, sobre todo a medida que vaian incorporando tamén intelixencia artificial.

En efecto, como foi amplamente recoñecido, o noso ordenamento xurídico non regula explicitamente o uso da intelixencia artificial nas administracións públicas, o que non é óbice para que non se apliquen a esta tecnoloxía tanto os principios de actuación das administracións públicas como as normas que regulan o uso dos medios electrónicos⁵⁴.

Nas próximas páxinas expomos brevemente os principios da Administración dixital que inciden de modo particular na automatización da actuación e o funcionamento das administracións públicas, prestando unha especial atención aos principios de transparencia e igualdade e non discriminación debido á incidencia que o uso da intelixencia artificial pode ter en relación con estes.

⁵³ Acceso web: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/ENIA2B.pdf> (maio de 2021).

⁵⁴ Por todos, CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?"; *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019; GAMERO CASADO, E., "Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas", *Diario La Ley*, n. 50, 2021.

3.1 Os principios da automatización robótica

Cando as administracións públicas deciden incorporar os robots software na súa actuación e funcionamento, deben ter en conta os principios da Administración dixital que recolle a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, e que desenvolveu e ampliou o Real decreto 203/2021, do 30 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de actuación e funcionamento do sector público por medios electrónicos⁵⁵.

En particular, entre os principios da Administración dixital que teñen unha incidencia directa na automatización da actuación e o funcionamento das administracións públicas, podemos traer a colación os seguintes.

En primeiro lugar, o uso de robots software debe ter en conta o principio de servizo efectivo aos cidadáns, é dicir, o uso destas aplicacións debe perseguir mellorar o servizo que presta a Administración pública á cidadanía, por exemplo, reducindo tempos de tramitación ou de espera ou simplificando os trámites grazas á súa automatización. Os servizos prestados a través de robots software ou que contén coa súa intervención nalgún dos trámites deben estar orientados a satisfacer as necesidades da cidadanía. Por iso, os robots software deben ademais basearse no principio da facilidade de uso que persegue pór a persoa usuaria no centro do servizo, minimizando os coñecementos que deban ser necesarios para podelos utilizar.

En segundo lugar, o uso de robots software debe contribuír á simplicidade, claridade e proximidade á cidadanía. Este é un reto importante á vista do estadio de desenvolvemento dalgúns robots conversacionais que con certa frecuencia son incapaces de entender o que se lles pregunta ou simplemente responden as preguntas formuladas pola cidadanía con respostas predefinidas sen ter a capacidade de entender calquera solicitude de aclaración ou personalizar a información ás necesidades específicas de cada persoa. Deste xeito, as administracións públicas, antes de decidir se incorporan un robot conversacional para prestar o servizo de información ou atención á cidadanía, deben valorar se efectivamente con iso se fomentará a proximidade á cidadanía ou a claridade da información. Aínda que o uso dos robots conversacionais é un instrumento que permite substituír a atención a través de empregados públicos nalgúns servizos de atención, non poden converterse nun obstáculo para poder obter unha resposta efectiva e personalizada. Tampouco para que as persoas poidan exercer o seu dereito a elixir en todo momento se se comunican coas administracións públicas para o exercicio dos seus dereitos e obrigas a través de medios electrónicos ou non⁵⁶.

En terceiro lugar, a automatización a través do emprego de robots software debe promover os principios de racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e das actividades materiais de xestión. Tal como vimos antes, precisamente unha das finalidades principais do uso dos robots software é a automatización de tarefas de maneira que se poidan realizar de forma áxil e se incremente a dispoñibilidade dos servizos 24 horas ao día 7 días á semana. Así mesmo, a automatización a través

⁵⁵ Véxase, ao respecto, o artigo 3 da Lei 40/2015 e artigo 2 do Real decreto 203/2021.

⁵⁶ Artigos 13 e 14 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

do uso de robots software debe perseguir o principio de simplificación que pretende facilitar que a incorporación dos medios electrónicos na actividade administrativa supoña un auténtico redeseño dos procedementos administrativos para reducir os tempos ou os prazos para a súa tramitación ou suprimir as cargas administrativas⁵⁷.

En cuarto lugar, o uso de robots software debe respectar o principio de confianza léxítima. A confianza das persoas nos robots conversacionais é o resultado da concorrencia de distintos elementos, como a súa capacidade de interpretar correctamente as preguntas, a calidade das súas respostas ou a súa aparencia humana. Tamén inciden outros elementos, como a seguridade ou privacidade percibida ou calquera outro risco apreciado⁵⁸. En todo caso, a actuación externa dun robot conversacional pode xerar na persoa aparencia suficientemente atinada de que a Administración pública actuará dun determinado xeito que debe ser respectada pola Administración pública cando adopte unha decisión.

En quinto lugar, o principio de responsabilidade pola xestión pública exige que as persoas que interactúan con robots software utilizados polas administracións públicas poidan reclamar por calquera dano que lles poida xerar, por exemplo, unha información incorrecta facilitada polo robot. Auditar se a información facilitada é incorrecta é máis sinxelo que cando esta se dá, por exemplo, oralmente nunha oficina de atención cidadá. O uso de robots software permite gravar as transaccións que levan a cabo, de maneira que é relativamente sinxelo auditar o seu funcionamento. Así mesmo, no caso dos robots conversacionais, as persoas poden gardar proba da información intercambiada co robot para os efectos de poder acreditar o contido⁵⁹.

En sexto lugar, os robots software deben dar cumprimento aos principios de eficacia par lograr os obxectivos fixados; economía, suficiencia e adecuación estrita dos medios aos fins institucionais; e eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos. Tal como indicamos anteriormente, a automatización de tarefas administrativas a través do uso de robots software pode facilitar a actuación das administracións públicas. Ademais, a súa incorporación é un proceso relativamente sinxelo que non debe exixir realizar grandes investimentos nin levar a cabo cambios importantes, polo que o seu uso pode ser unha medida económica e eficiente. A escalabilidade e adaptabilidade tamén poden contribuír significativamente a estes principios.

En sétimo lugar, os robots software deben desenvolverse de acordo cos principios de cooperación e de interoperabilidade. Estes principios teñen diversas manifestacións. Por exemplo, os robots constitúen un mecanismo idóneo para automatizar o intercambio de datos entre administracións públicas. Ademais, os robots software

⁵⁷ Non entramos neste punto a analizar o proceso de deseño da automatización robótica. Respecto ao proceso de automatización, véxase, ARTIFICIAL SOLUTIONS, *Chatbots: La Guía Definitiva*, 2020.

⁵⁸ FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. e BJØRKL, C.A., "What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study", cit.

⁵⁹ Nesta dirección, a Axencia Estatal de Administración Tributaria ofrece a posibilidade de xerar un documento en formato PDF que conteña unha copia exacta da información ofrecida polo asistente virtual. Non obstante, esa información unicamente ten o carácter de mera información dos criterios administrativos existentes para a aplicación da normativa tributaria e non dunha consulta tributaria de acordo co que dispón o artigo 87 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, en contraposición ao previsto nos artigos 88 e 89 da dita lei. <https://www2.agenciatributaria.gob.es/wlpl/AVAC-CALC/AsistenteIVA> (maio de 2021).

poden estenderse entre as distintas administracións públicas a través da reutilización das aplicacións que utilicen as administracións públicas. En última instancia, as administracións públicas poden promover a cooperación a través do uso de robots software⁶⁰. Así, por exemplo, en vez de ter que consultar diversos portais de transparencia ou sedes electrónicas, os robots software poden interactuar cos robots software doutras administracións públicas e facilitar de xeito unificado a información requirida⁶¹.

En oitavo lugar, a automatización a través do uso de robots software debe respectar o principio de accesibilidade para garantir que a información e os servizos que se prestan a través de medios electrónicos poidan ser recibidos e coñecidos por calquera persoa independentemente das súas circunstancias persoais. Ao respecto, cómpre recordar que a accesibilidade debe terse presente de forma integral no proceso de deseño, xestión, mantemento e actualización de contidos dos sitios web e as aplicacións para dispositivos móbiles⁶².

Finalmente, os robots software tamén deben promover o principio de personalización e proactividade que perseguen adaptar os servizos ás necesidades ou preferencias das persoas e anticiparse ás súas necesidades e deste modo incrementar a relevancia para elas. A personalización de servizos públicos implica sobre todo deseñar formas de prestación dos servizos que poñan a cidadanía no centro do sistema. A proactividade implica que a Administración pública se anticipa ofrecendo ou prestando un servizo sen esperar a que a persoa manifeste que o necesite ou solicite a súa prestación.

3.2 O principio de transparencia da actuación administrativa

O uso de robots software na Administración pública ten distintas incidencias no principio de transparencia da actuación administrativa.

Por unha banda, o emprego de robots software pode contribuír a unha maior transparencia das administracións públicas, ben facilitando a difusión da información pública, ben facilitando a localización ou o acceso á información pública⁶³.

Por outro lado, non obstante, con frecuencia o uso destas aplicacións pode supor un obstáculo para a transparencia das administracións públicas. En efecto, o uso de

⁶⁰ Así, por exemplo, o Goberno de Finlandia creou unha rede de distintos robots software (Migri, utilizado no servizo de inmigración; Vero, usado na área de impostos; e Patentti-ja Rekisterihallitus, utilizado no rexistro de empresas). Grazas a esta iniciativa, os tres robots software poden intercambiar datos ou transferir usuarios en función do tema formulado. Véxase ao respecto MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. e TATE, M., "A Typology of Chatbots in Public Service Delivery", cit.

⁶¹ VAN NOORDT, C. e MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", cit., p. 56.

⁶² Segundo o que dispón a Directiva (UE) 2016/2102 do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de outubro de 2016, sobre a accesibilidade dos sitios web e aplicacións para dispositivos móbiles dos organismos do sector público e o Real decreto 1112/2018, do 7 de setembro, sobre accesibilidade dos sitios web e aplicacións para dispositivos móbiles do sector público, as administracións públicas deben ofrecer un mecanismo de comunicación que permita presentar suxestións e queixas, así como informar sobre calquera posible incumprimento dos requisitos de accesibilidade ou que as administracións públicas difundan unha declaración de accesibilidade detallada, exhaustiva e clara sobre a conformidade co disposto na normativa vixente dos seus sitios web e aplicacións para dispositivos móbiles.

⁶³ Como poñen de manifesto VAN NOORDT e MISURACA, "os chatbots facilitarán á xente superar o exceso de información: en vez de ter que encontrar a información por si mesmas, o chatbot axudaralles a atopar a información que necesitan" (VAN NOORDT, C. e MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", cit., p. 56).

robots software pode xerar opacidade porque non sexa posible dispor de información sobre o deseño e o funcionamento do robot software (trazabilidade), de información sobre como o robot software realizou unha determinada tarefa, tomou unha determinada decisión ou chegou a un determinado resultado (explicabilidade) ou de información sobre a existencia mesma dun robot na interacción entre a Administración pública e unha persoa (comunicación).

A garantía do principio de transparencia cando a Administración pública emprega robots software é particularmente complexa sobre todo cando os robots utilizan algoritmos de intelixencia artificial debido aos problemas de opacidade que entraña o uso desta tecnoloxía. Ao respecto, non podemos descoñecer que, como foi amplamente recoñecido, os algoritmos son caixas negras⁶⁴.

A opacidade dos algoritmos pode ter diversas causas (técnicas, xurídicas ou organizativas)⁶⁵ que poden impedir que a cidadanía teña información suficiente e axeitada sobre os robots software que están a utilizar as administracións públicas no desenvolvemento da súa actividade e funcionamento ou na prestación de servizos públicos. Pero tamén se pode dar a circunstancia de que as propias administracións públicas carezan desta información, entre outros motivos, porque adquiriran os robots software do mercado. Mesmo no caso de que os robots sexan desenvolvidos pola propia Administración pública, xeralmente os desenvolvedores non programan o código do robot, senón que o seu deseño se basea na combinación de distintos compoñentes preconstituídos a través de ferramentas gráficas, o que, malia que simplifica enormemente o proceso, dificulta coñecer os fundamentos e o funcionamento do robot⁶⁶.

Polo que respecta á trazabilidade, é dicir, á capacidade de poder coñecer cando interveu un robot software, que tecnoloxía utiliza ou que datos empregou para desenvolver unha determinada tarefa, desde un punto de vista xeral a transparencia pode canalizarse a través dos mecanismos que considera a Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, así como as normas autonómicas e locais que a desenvolveron⁶⁷. Non obstante, a día de hoxe, tanto a difusión proactiva da información sobre os robots software como o exercicio do dereito de acceso á información pública mostráronse como ineficaces mecanismos

⁶⁴ Por todos, PASQUALE, F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2015.

⁶⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 56, 2019; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas", *Anuario de Transparencia Local 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021.

⁶⁶ GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.

⁶⁷ Así mesmo, debe terse presente, naqueles casos en que o robot poida tratar datos persoais, que os artigos 13 e 14 RXPD prevén que o responsable do tratamento debe facilitar ao interesado información sobre a existencia de decisións automatizadas que inclúa información significativa sobre a lóxica aplicada, así como a importancia e as consecuencias previstas do dito tratamento para o interesado. Ademais, o artigo 15 RXPD recoñece o dereito de acceso para poder coñecer información significativa sobre a lóxica aplicada na toma de decisións automatizada, así como a importancia e as consecuencias previstas dese tratamento para o interesado.

para garantir a transparencia da actuación e o funcionamento das administracións públicas a través de robots software⁶⁸.

De todos os xeitos, debemos valorar positivamente que o Real decreto 203/2021, do 30 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de actuación e funcionamento do sector público por medios electrónicos, ampliase a información que as administracións públicas deben difundir a través das sedes electrónicas, incluíndo agora tamén a relación actualizada das actuacións administrativas automatizadas vinculadas aos servizos, procedementos e trámites. Para iso, informárase da descrición do deseño e funcionamento da actuación administrativa automatizada, dos mecanismos de rendición de contas e transparencia, así como dos datos utilizados na súa configuración e aprendizaxe⁶⁹. A pesar do interese do anterior, non podemos deixar de advertir a dificultade ante a que se poden atopar as administracións públicas para cumprir con iso.

En relación coa intervención dun robot software determinado na realización dunha tarefa nun procedemento administrativo, debemos ter presente que, polo xeral, todas as accións realizadas por un robot software quedan rexistradas, normalmente cun identificador único, o que facilita a súa trazabilidade e, polo tanto, a transparencia.

Respecto á explicabilidade, ou sexa, a capacidade para revelar como un robot realizou unha tarefa, debemos ter presente que o ordenamento xurídico non reconece un dereito á explicación máis alá do que deriva da obriga que teñen as administracións públicas de motivar as súas decisións⁷⁰. Ante a falta de concreción desta cuestión, iniciativas como a Carta de Dereitos Dixitais tratan de reconecer un dereito a obter unha motivación comprensible en linguaxe natural das decisións que se adopten no ámbito dixital, con xustificación das normas xurídicas relevantes ao caso e dos criterios de aplicación destas⁷¹.

En calquera caso, non podemos descoñecer que, como advirte Gavilán, a falta de explicabilidade “de cara aos robots software aínda non constitúe un problema incitante”⁷². Mesmo nos casos nos que utilizan intelixencia artificial, como vimos, é xeralmente complementaria ao proceso de toma de decisións, por exemplo achegando ao robot software a capacidade de captar e comprender o que lle din as persoas, pero sen darlle unha capacidade de decisión autónoma que no caso da maioría dos robots software se limita á aplicación dunhas regras claras e sinxelas. Pero é evidente que, a medida que os robots software vaian adquirindo maior intelixencia a través de algoritmos de aprendizaxe automática, cada vez terán unha maior autonomía e, polo

⁶⁸ Véxanse, ao respecto, as consideracións realizadas en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas”, cit.

⁶⁹ Artigo 11.1.i) do Real decreto 203/2021.

⁷⁰ Artigo 35 da Lei 39/2015, do 1 de outubro. De todos os xeitos, debe terse en conta, como observa GAMERO, que “non fai falta... O problema reside entón en determinar como deben motivarse estes actos, non en discutir se deben motivarse ou non” (GAMERO CASADO, E., “Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas”, cit.).

⁷¹ Apartado XVI. Cabe pór de manifesto que, no momento de redactar estas páxinas, a Carta de Dereitos Dixitais promovida pola Secretaría de Estado de Dixitalización e Intelixencia Artificial do Ministerio de Asuntos Económicos e Transformación Dixital se atopa en fase de aprobación.

⁷² GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.

tanto, será máis necesario garantir a transparencia do proceso decisional, aínda que tamén iso será máis difícil de conseguir.

Finalmente, polo que se refire á comunicación, as persoas que se relacionan coa Administración pública deben saber que están a interactuar cun robot software e non cun empregado público⁷³. Así, o Grupo de expertos de alto nivel independente sobre intelixencia artificial destacou nas súas directrices éticas para unha intelixencia artificial fiable que “os sistemas de intelixencia artificial non deben presentarse aos usuarios como humanos: os humanos teñen dereito a ser informados de que están a interactuar cun sistema de intelixencia artificial”⁷⁴. Nesta dirección, o Código francés de relacións entre a cidadanía e a Administración prevé que “unha decisión individual tomada sobre a base do procesamento algorítmico inclúe unha mención explícita informando o interesado”⁷⁵. O noso ordenamento xurídico non inclúe, polo momento, ningunha regra neste sentido, o que non impide que cando unha Administración pública utilice un robot software informe claramente as persoas diso⁷⁶.

3.3 O principio de igualdade e non discriminación

Desde un punto de vista xeral, cando a Administración pública automatiza o desenvolvemento de tarefas ou a prestación de servizos a través do uso de robots software, debe garantir que se respecte a igualdade das persoas. Deste modo, debe evitar que o uso dos robots software poida causar restricións no acceso da cidadanía ás administracións públicas ou discriminacións entre as persoas que usen estes medios e aquelas que non os utilicen. Así, as administracións deben adoptar as medidas necesarias para impedir que a automatización xere unha brecha dixital. Para evitalo, as administracións públicas deben garantir o dereito á asistencia no uso dos medios electrónicos a través das oficinas de asistencia en materia de rexistros. Este dereito pode vehicularse a través de distintas canles (presencial, portais de Internet e sedes electrónicas, redes sociais, telefónica e correo electrónico)⁷⁷. Non obstante, non podemos descoñecer que, a pesar de ser unha nova canle de interacción entre

⁷³ De todos os modos, algúns estudos mostraron que as persoas non están particularmente preocupadas por se están a interactuar con outra persoa ou cun robot, aínda que polo xeral se considera maioritariamente que o elemento humano é importante: OBSERVATORY OF PUBLIC SECTOR INNOVATION (OPSI) e UNITED ARAB EMIRATES (UAE) MOHAMMED BIN RASHID CENTRE FOR GOVERNMENT INNOVATION (MBRCGI), *Seamless Government*, cit. Non obstante, tamén é relevante observar que outros estudos conclúen que o coñecemento de estar a interactuar cun robot ten unha influencia significativa nos seus usuarios, incidindo na súa confianza a actitude respecto á empresa ou negocio (DE CICCIO, R., DA COSTA E SILVA, S.C.L. e PALUMBO, R., *Should a Chatbot Disclose Itself? Implications for an Online Conversational Retailer*, cit.). Respecto ás causas que xeran confianza nos robots conversacionais, véxase FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. e BJØRKL, C.A., “What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study”, cit.

⁷⁴ INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, European Commission, Brussels, 2019, p. 18. Na mesma dirección, posteriormente, manifestouse a COMISIÓN EUROPEA, *Libro branco sobre a intelixencia artificial - un enfoque europeo orientado á excelencia e a confianza COM(2020) 65 final*. 2020.

⁷⁵ Artigo 311-3-1 do Código de relacións entre a cidadanía e a Administración.

⁷⁶ MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. e TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, cit. De feito, polo xeral xa é así. De todos os xeitos, non podemos descoñecer que ALMANSOR, E.H. e HUSSAIN, F.K. *Survey on Intelligent Chatbots: State-of-the-Art and Future Research Directions*, cit., p. 534, destacan que os chatbots se desean co obxectivo de convencer as persoas de que están a falar con humanos en vez de con máquinas.

⁷⁷ Artigo 4 do Real decreto 203/2021.

as administracións públicas e a cidadanía, os robots software non se incluíron entre as canles de asistencia para o acceso aos servizos electrónicos previstos no artigo 4 do Real decreto 203/2021⁷⁸.

Máis alá destas consideracións xerais, debemos advertir que o uso de robots software, sobre todo cando utilizan dunha ou doutra maneira intelixencia artificial, pode levar discriminacións xeradas polos nesgos que poidan ter os algoritmos⁷⁹. Os robots poden ofrecer unha imaxe da Administración pública ou chegar a resultados distorsionados ou incorrectos que non representen a realidade sen que exista unha causa obxectiva e razoable que xustifique a diferenciación de trato.

Dous exemplos poden ilustralo. En primeiro lugar, é habitual que os avatares utilizados polos robots conversacionais sexan femininos. Así, Carina, Victoria ou a avoa Elvira son as asistentas virtuais dos Concellos de Córdoba, Málaga e Arganda⁸⁰. En segundo lugar, con frecuencia os algoritmos para a tradución automática que utilizan os robots conversacionais tamén teñen nesgos (por exemplo, traducen do inglés *nurse* por enfermeira mentres que *lawyer* é avogado).

O nesgo de xénero foi un dos que se observou de xeito máis xeneralizado⁸¹.

Pero, ademais dos nesgos de xénero, é habitual que os algoritmos poidan xerar discriminacións con relación a persoas con diversidade funcional⁸². Así, os algoritmos utilizados para o procesamento da linguaxe natural están a dar maiores erros cando se trata de comprender o contido de textos escritos por unha persoa que ten dislexia e pode confundir as letras ou a súa grafía ou outra que ten disgrafía que lle xera dificultades para espazar correctamente as letras ou para escribilas co mesmo tamaño. Tamén poden mostrar máis dificultades cando se procesa un discurso pronunciado por unha persoa que sofre unha depresión ou autismo⁸³.

Todo iso é debido a que o proceso de deseño e aprendizaxe dos algoritmos utilizados polos robots software pode incorporar nesgos que están nos datos que se usan para construír os modelos (por exemplo, os rostros utilizados para adestrar a maioría dos algoritmos de recoñecemento facial corresponden un 75 % a homes e

⁷⁸ En calquera caso, debe terse en conta a remisión que contén o dito artigo a “[c]alquera outra canle que poida establecerse de acordo co previsto no artigo 12 da Lei 39/2015, do 1 de outubro”.

⁷⁹ Tivemos oportunidade de tratar en detalle estas cuestións en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La inteligencia artificial y el control de sus posibles sesgos”, Villoria Mendieta, M. (ed.), *Ética pública en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021 (en prensa).

⁸⁰ Esta situación non é exclusiva dos avatares das administracións públicas, senón que se dá tamén en grandes corporacións tecnolóxicas (algúns exemplos son Alexa, Cortana, Aura ou Siri), o que deu lugar a unha campaña para desfeminizar os asistentes virtuais (#VocesEnIgualdad) que se iniciou en novembro de 2018 para facer fronte a esta situación.

⁸¹ Desde un punto de vista xeral, advirteno ADAMOPOULOU e MOUSSIADES, os cales observan que “a maioría dos chatbots se utilizan normalmente como asistentes persoais ou secretarías para executar actividades que imitan estereotipos femininos” (ADAMOPOULOU, E. e MOUSSIADES, L., “Chatbots: History, technology, and applications”, cit., p. 1). Igualmente, BONALES DAIMIEL, G. e MARTÍNEZ, E., “Using Virtual Assistants and Chatbots for Crisis Communication”, cit., p. 76.

⁸² MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. e TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, cit., recordan que un chatbot foi interrompido polas súas dificultades para ser utilizados por persoas con discapacidade. Acceso web: <https://www.abc.net.au/news/2017-09-21/government-stalls-ndis-virtual-assistant-voiced-by-cate-blanchet/8968074> (maio de 2021).

⁸³ WHITTAKER, M., ALPER, M., BENNETT, C.L., HENDREN, S., KAZIUNAS, L., MILLS, M., MORRIS, M.R., RANKIN, J., ROGERS, E. & SALAS, M., *Disability, Bias, and AI*, AI Now Institute, New York, 2019.

máis dun 80 % de raza branca)⁸⁴. Noutras ocasións, outros nesgos débense ao deseño do propio algoritmo ao trasladarlle, de xeito consciente ou inconsciente, nesgos dos propios deseñadores. En última instancia, o nesgo deriva da actuación dos responsables públicos que deciden que algoritmos se utilizan e, por exemplo, deciden que o avatar sexa feminino.

Para evitar que o uso de robots software poida derivar en discriminacións por razón de xénero ou de calquera outra condición persoal ou social, as administracións públicas deben adoptar medidas axeitadas⁸⁵. Nesta dirección, o Consello de Europa, na recomendación sobre os impactos nos dereitos humanos dos sistemas algorítmicos do 8 de abril de 2020, sinala que os Estados deben revisar as normas e as políticas para garantir que a contratación, deseño, desenvolvemento e despregamento da intelixencia artificial respecte, entre outros aspectos, a non-discriminación.

Entre outras medidas, as administracións públicas deben asegurarse de que os algoritmos que utilizan os robots software fosen adestrados con datos de calidade que respondan á diversidade do colectivo que se verá afectado polas tarefas a desenvolver. Tamén poden fomentar a participación no deseño dos algoritmos co fin de diversificar o perfil dos deseñadores e evitar os nesgos que poidan ter. Así mesmo, deben promover a transparencia sobre como están deseñados os robots software, sobre como funcionan ou sobre os datos que utilizan para realizar unha tarefa, de maneira que calquera persoa pode identificar se un algoritmo contén nesgos ou os resultados obtidos por el son discriminatorios. Por último, o fortalecemento da gobernanza da intelixencia artificial nas entidades públicas é outro mecanismo para previr os nesgos nos robots software.

4 A automatización a través de robots como actuación administrativa automatizada

A principal finalidade do uso dos robots software nas administracións públicas é automatizar a súa actuación e funcionamento.

Cando o uso de robots software substitúa a intervención dun empregado ou empregada pública, atoparémonos ante unha actuación administrativa automatizada que debe desenvolverse e está sometida ás normas que analizamos a continuación. Ademais, cando a automatización supoña o tratamento de datos persoais, estará suxeita a distintos principios e límites que recolle o Regulamento xeral de protección de datos.

⁸⁴ Segundo datos do informe elaborado en febreiro de 2018 por BUOLAMWINI, investigadora do MIT Media Lab. O mesmo informe observou que o erro no recoñecemento dos rostros era menor ao 1% no caso de homes con pel clara; un 7% no de mulleres brancas; un 12% no de homes de pel escura e ata un 35% no de mulleres de pel escura (BUOLAMWINI, J. e GEBRU, T., "Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification", *Proceedings of Machine Learning Research*, n. 81 (Conference on fairness, accountability and transparency), 2018, pp. 77-91).

⁸⁵ A Carta de Dereitos Dixitais a que fixemos referencia anteriormente recoñece que "se deberá garantir o dereito á non discriminación algorítmica", calquera que fose a súa orixe, causa ou natureza do nesgo, en relación coas decisións e procesos baseados en algoritmos".

4.1 A actuación administrativa robótica

As administracións públicas poden adoptar decisións automatizadas utilizando para iso robots software. En efecto, desde un punto de vista xeral, debemos ter presente que a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRXSP), regula a actuación administrativa automatizada, entendendo como tal “calquera acto ou actuación realizada integramente a través de medios electrónicos por unha Administración pública no marco dun procedemento administrativo e na que non interviñese de forma directa un empregado público”⁸⁶.

O uso de robots para realizar actuacións administrativas de xeito automatizado entraña algunhas cuestións específicas, tales como o seu alcance e uso, a vinculación da decisión adoptada por un robot por parte das administracións públicas, as fases do procedemento administrativo en que poden intervir os robots ou a motivación das decisións públicas que toman a través de algoritmos.

a) Actuación realizada a través de medios electrónicos

A LRXSP utiliza de xeito xenérico a expresión *medios electrónicos* á hora de definir a actuación administrativa automatizada e o Real decreto 203/2021 non concreta no seu anexo con definicións que tecnoloxías deben entenderse incluídas nesta expresión⁸⁷. Aínda que é probable que o lexislador non tivese en mente a posibilidade de utilizar robots software e, moito menos, intelixencia artificial nun procedemento administrativo, ao noso entender non hai obstáculo ningún para considerar que estas aplicacións poden ser utilizadas polas administracións públicas para automatizar a súa actividade.

Na actualidade, o deseño dun robot software non responde á tramitación dun procedemento específico. Tampouco a decisión de usar robots software na Administración pública se atopa formalizada⁸⁸.

Non obstante, esta situación non é óbice para sinalar que sería oportuno que a lexislación incorporase un procedemento específico para aprobar o uso de robots software e, en xeral, de algoritmos nas administracións públicas. Na nosa opinión, a extensión dos robots software, así como da intelixencia artificial entre as administracións públicas, debería ir acompañada da previsión dun procedemento que permitise valorar axeitadamente os riscos que o uso destas aplicacións e tecnoloxías poida comportar, que facilitase a participación tanto de técnicos como da cidadanía

⁸⁶ Artigo 4.1.1 da LRXSP. Véxase, así mesmo, o artigo 13 do Real decreto 203/2021.

⁸⁷ A LRXSP non define na actualidade qué debe entenderse por medio electrónico, como si facía a Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, que definía o medio electrónico dun xeito moi amplo.

⁸⁸ Como é coñecido, a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, prevía que as administracións públicas debían aprobar previamente os programas e aplicacións electrónicos, informáticos e telemáticos e difundir as súas características. Non obstante, esta previsión desapareceu na Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso dos cidadáns aos servizos públicos, e non se incorporou na LRXSP. Esta involución foi criticada por diversos autores. Así, para BOIX “o retroceso producido en 2007 neste punto, e consolidado definitivamente en 2015, é manifesto” (BOIX PALOP, A., “La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020, pp. 223-270). Así mesmo, VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019.

en xeral na dita valoración e que permitise formalizar axeitadamente a decisión, así como darlle a máxima publicidade e transparencia.

A pesar do anterior, non consideramos que o xeito de dar resposta a todas estas necesidades pase pola consideración dos robots software ou dos algoritmos como normas regulamentarias, posto que non deixan de ser un medio técnico ao servizo da Administración pública que, polo impacto que o seu uso pode ter en distintos bens ou dereitos, exige que o seu emprego pola Administración pública se dote dunhas determinadas garantías que, por outro lado, probablemente o procedemento de elaboración de disposicións regulamentarias na práctica tampouco ofrecerá de xeito eficaz⁸⁹.

Xunto á previsión dun procedemento, sería necesario tamén deseñar un marco institucional que permita garantir a seguridade –xurídica e tecnolóxica–, a transparencia e a rendición de contas no uso dos robots software polas administracións públicas tal como tivemos oportunidade de propor especificamente en relación coa intelixencia artificial⁹⁰.

b) Actuación no marco dun procedemento administrativo

A LRXSP refírese deste xeito a actuacións administrativas formalizadas realizadas durante a tramitación dun procedemento administrativo⁹¹. En moitos casos o uso de robots software realizarase no marco dun procedemento administrativo para obter, xestionar ou analizar datos, para enviar ou comunicar documentos ou para comunicar, recibir ou interpretar información das persoas interesadas⁹². Así mesmo, os robots poden chegar a ser utilizados no marco dun procedemento para a emisión de calquera declaración de vontade, de xuízo, de coñecemento ou de desexo. Con este obxectivo, por exemplo, modificouse o Real decreto legislativo 5/2000, do 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, para prever o inicio dun procedemento administrativo sancionador na orde social mediante a extensión de actas de infracción automatizadas⁹³.

⁸⁹ A favor do carácter reglamentario dos algoritmos manifestouse BOIX PALOP, A., “La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, cit. En contra desta postura, HUERGO LORA, A., “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, Huelgo Lora, A. (ed.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 64 e ss.

⁹⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, *European review of digital administration & law*, n. 1, 2020.

⁹¹ Valero pon de manifesto que “a regulación de 2015 se segue centrando na actividade administrativa formalizada e, en particular, no acto e o procedemento administrativos como paradigmas das garantías subxacentes”, o que, advirte, é “un enfoque manifestamente insuficiente desde a perspectiva da transformación dixital que se demanda do sector público” (VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, cit.).

⁹² Nesta dirección, o artigo 44 da Lei 26/2010, de 3 de agosto, de réxime xurídico e de procedemento das administracións públicas de Cataluña, dispón que as actuacións automatizadas poden utilizarse “para constatar a concorrencia dos requisitos que establece o ordenamento xurídico, declarar as consecuencias previstas, adoptar as resolucións e comunicar ou certificar os datos, actos, resolucións ou acordos que consten nos seus sistemas de información”, sempre e cando os actos “poidan adoptarse cunha programación baseada en criterios e parámetros obxectivos”.

⁹³ Artigo 53.1.a) modificado polo Real decreto-lei 2/2021, do 26 de xaneiro, de reforzo e consolidación de medidas sociais en defensa do emprego. Véxase, en xeral, sobre a selección automatizada de suxeitos a investigar, TODOLÍ SIGNES, A., “Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 59, 2020, pp. 313-337.

Non obstante, máis alá do concepto estrito da actuación administrativa automatizada que inclúe a LRXSP, iso non debe ser obstáculo para que a Administración pública poida utilizar a intelixencia artificial no desenvolvemento doutras actuacións materiais que non se verán sometidas ao previsto na Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas. Este sería o caso, por exemplo, do uso dos robots conversacionais ou asistentes que se utilicen para informar ou atender a cidadanía⁹⁴.

En función da capacidade do robot software, tanto a súa intervención no procedemento como os efectos xurídicos da actuación automatizada serán distintos e incrementaranse significativamente a medida que se lle dote de maior capacidade de aprendizaxe automática a través da intelixencia artificial. En función dos riscos que iso poida entrañar, deberanse adecuar as medidas que se adopten para garantir o cumprimento dos distintos principios da Administración dixital ou o respecto dos dereitos das persoas interesadas ou o nivel de supervisión humana, que en todo caso deberá ser proporcional a estes⁹⁵.

c) Actuación sen intervención directa de empregado público

A ausencia de intervención humana é o elemento esencial á hora de determinar se nos atopamos ante unha actuación administrativa automatizada⁹⁶. Esta é precisamente a principal característica dos robots software, tal como os definimos, ao desenvolver as súas tarefas non só de xeito automático sen a necesidade de que interveña, senón de igual xeito que o faría unha persoa.

Os robots software son unha tecnoloxía para automatizar a actuación e o funcionamento das administracións públicas e, desde esta perspectiva, a súa intervención nun procedemento levará consigo que non participe unha persoa.

Iso non quere dicir que cando interveña un robot software non haxa ningún tipo de implicación humana. Precisamente, para garantir a fiabilidade dos robots software e, en xeral, da intelixencia artificial é necesario garantir a supervisión humana⁹⁷. A supervisión humana dos robots software pódese dar en distintos momentos e o seu alcance tamén pode ser diferente.

Á marxe doutras consideracións, a lectura da LRXSP permite observar que a actuación administrativa automatizada exige a intervención humana a través do órgano ou órganos competentes en dous momentos.

⁹⁴ Por exemplo, tal como dispón o artigo 87 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria.

⁹⁵ Véxase ao respecto ROIG BATALLA, A., *Las garantías frente a las decisiones automatizadas. Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, JM Bosch, Barcelona, 2020.

⁹⁶ Máis alá do previsto na lexislación vixente, non podemos descoñecer que tradicionalmente algúns autores negaran a posibilidade de que un acto administrativo puidese ditarse sen a intervención dunha persoa, posto que estas “manifestacións de vontade e as máquinas, ao non tela, carecen de posibilidade de producir actos xurídicos” (PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 174).

⁹⁷ A fiabilidade foi recoñecida como principio ético que debe guiar o desenvolvemento da intelixencia artificial. Así, segundo as Directrices éticas para unha IA fiable, a fiabilidade do algoritmo consiste na litude do uso da intelixencia artificial; na súa eticidade e na súa robustez (Grupo de expertos de alto nivel sobre intelixencia artificial, 2019). Posteriormente referiuse a este principio COMISIÓN EUROPEA, *Libro branco sobre a intelixencia artificial - un enfoque europeo orientado á excelencia e a confianza COM(2020) 65 final*, 2020.

En primeiro lugar, ao definir as especificacións, programación, mantemento, supervisión e control de calidade e, se é o caso, auditoría do sistema de información e do seu código fonte⁹⁸. Este é un aspecto esencial non só para garantir a transparencia no uso dos robots software, senón tamén para asegurar o respecto dos principios e normas que deben guiar o uso destes dispositivos no exercicio de potestades públicas. Tal como indicamos anteriormente, na actualidade non existe un procedemento específico para concretar estes elementos. Non obstante, resulta de interese observar que, aínda que sen carácter básico, o Real decreto 203/2021 engadiu, respecto ao que dispón a LRXSP, que a resolución pola que se autorice o uso dun robot software para automatizar unha actuación administrativa deberá establecer as medidas que sexan adecuadas para salvagardar os dereitos e liberdades e os intereses lexítimos das persoas interesadas⁹⁹.

En segundo lugar, ao resolver os recursos contra as decisións automatizadas, para o que a Administración pública terá que definir o órgano que deberá ser considerado responsable para os efectos de impugnación¹⁰⁰. En relación con este elemento, máis alá dos mecanismos de control administrativo e xudicial que xa recoñece o ordenamento xurídico, sería oportuno promover a creación de órganos administrativos específicos para o control do uso dos robots software e, en xeral, de intelixencia artificial nas administracións públicas.

A LRXSP dispón que a decisión automatizada debe imputarse ao órgano ou organismo determinado por cada Administración pública¹⁰¹. Para iso, debe determinar que sistema de sinatura electrónica utilizará no exercicio da competencia na actuación administrativa automatizada (o selo electrónico de Administración pública, órgano, organismo público ou entidade de dereito público, baseado en certificado electrónico recoñecido ou cualificado ou o código seguro de verificación)¹⁰².

Non obstante, na actualidade iso non se fai ou, se se fai, non coa publicidade e a transparencia necesarias para garantir as finalidades que deberían derivar destes trámites que perseguen asegurar a trazabilidade do uso dos robots software na automatización, así como a comunicación á cidadanía de que estes robots son utilizados

⁹⁸ Véxase ao respecto GAMERO, quen destaca que “a supervisión do sistema e a súa auditoría son, polo tanto, o primeiro e moi relevante mecanismo de control que debe existir sobre a intelixencia artificial no sector público” (GAMERO CASADO, E., “Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas”, cit.).

⁹⁹ Artigo 13 do Real decreto 203/2021.

¹⁰⁰ O artigo 13 do Real decreto 203/2021 previu que, no ámbito estatal, a resolución pola que se autorice o uso dun robot software na actuación administrativa automatizada deberá indicar os recursos que procedan contra a actuación, o órgano administrativo ou xudicial, se é o caso, ante o que terían que presentarse e prazo para interpoñelos.

¹⁰¹ Ao respecto, o artigo 13 do Real decreto 203/2021 dispón que, no ámbito local, en caso de actuación administrativa automatizada, se observará o establecido na disposición adicional oitava do Real decreto 128/2018, do 16 de marzo, polo que se regula o réxime xurídico de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. En particular, a dita disposición prevé que, no exercicio electrónico das funcións reservadas aos funcionarios con habilitación de carácter xeral, os postos reservados a eles terán a consideración de órgano.

¹⁰² Artigo 42 da Lei 40/2015. Non entramos neste punto a analizar se os robots software deberían ter recoñecida personalidade xurídica tal como, con carácter xeral, suxeriu o Parlamento Europeo, na súa resolución do 20 de outubro de 2020, con recomendacións destinadas á Comisión sobre un marco dos aspectos éticos da intelixencia artificial, a robótica e as tecnoloxías conexas. Respecto ao estado actual deste debate, pode consultarse, entre outros, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Robots inteligentes y personalidad”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 53, 2020.

en determinadas actuacións. Ademais, malia ser habitual que os robots software empreguen un identificador que permite monitorizar a súa actuación, iso non determina que se faga usando os mecanismos previstos na Lei 39/2015, do 1 de outubro.

Máis alá destas limitacións prácticas, a non intervención dunha persoa ao automatizar a actuación administrativa xerou un amplo debate académico, en particular en relación con que potestades poden ser exercidas de xeito automatizado polas administracións públicas e tamén se pode automatizarse o exercicio de potestades discrecionais.

A primeira cuestión que debemos ter presente ao respecto é que na actualidade os robots software dificilmente substituirán as persoas no exercicio de potestades discrecionais. En efecto, como tivemos oportunidade de pór de manifesto anteriormente, polo xeral estes robots son utilizados para desenvolver tarefas seguindo regras claras que non admiten excepcións. O habitual será, pois, que sexan usados para automatizar a realización de trámites regulados.

A segunda cuestión é que, aínda no caso de que un robot software empregado por unha Administración pública incorpore algoritmos de aprendizaxe automática, será utilizada en contornos pouco complexos, xa que, hoxe por hoxe, a intelixencia artificial só demostrou resultados óptimos en contornos de certa incerteza cando a complexidade é baixa¹⁰³. Malia ser habitual que desenvolva de xeito satisfactorio procesos analíticos ou de razoamento, aínda non é capaz de levar a cabo axeitadamente e de modo xeneralizado procesos racionais como realizar xuízos ou ponderacións complexos¹⁰⁴. Polo tanto, os robots software dotados con intelixencia artificial poderían ser usados para desenvolver tarefas cun baixo nivel de discrecionalidade ou cando o exercicio da potestade discrecional supón o uso de criterios técnicos e non políticos¹⁰⁵.

En cambio, non parece que o estadio de desenvolvemento actual dos robots software e, en xeral, da intelixencia artificial permita considerar que estes poidan ser utilizados en situacións con maior complexidade ou incerteza, así como en xuízos ou ponderacións máis complicados ou que exixan o uso de criterios non estritamente técnicos, é dicir, cun maior nivel de discrecionalidade. Nestes ámbitos, os robots software poden ser útiles para automatizar algunhas tarefas preparatorias da toma de decisión; por exemplo, a análise de grandes cantidades de datos ou de datos distribuídos en numerosas bases de datos, de maneira que poida pór á disposición dos decisores os elementos necesarios para que estas sexan da máxima calidade posible.

¹⁰³ BULLOCK, J. B., "Artificial intelligence, discretion, and bureaucracy", *The American Review of Public Administration*, n. 49, 2019, p. 756.

¹⁰⁴ NOTO LA DIEGA, G., "Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n. 9, 2018, p. 6; YEUNG, K., "Why worry about decision-making by machine?", Yeung, K. e Lodge, J. (eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 24.

¹⁰⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "¿Son fiables las decisiones de las administraciones públicas adoptadas por algoritmos?", cit. Na mesma dirección, aínda que con carácter xeral respecto ao ámbito de aplicación da actuación administrativa automatizada, MARTÍN DELGADO, I., "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada", *Revista de Administración Pública*, n. 180, 2009, pp. 353-386.

En calquera caso, tal como tivemos oportunidade de analizar noutra ocasión, a decisión sobre se se poden utilizar robots software no exercicio de potestades discrecionais non pode ser nin absoluta nin xeral e debe estar presidida polo principio de precaución e responder a un coñecemento do estado de desenvolvemento técnico da intelixencia artificial e a unha análise dos riscos que o uso dos robots software poida comportar respecto a outros principios e bens¹⁰⁶.

Pero, máis alá do que efectivamente poida chegar a permitir o desenvolvemento tecnolóxico, debe valorarse se un robot software pode efectivamente exercer potestades discrecionais ou se se debe establecer “unha reserva para a toma de certas decisións a humanos, o que denominaremos aquí unha reserva de humanidade”, entre outros motivos polas necesidades de garantir a empatía na toma de decisións públicas, habilidade inherente ás persoas¹⁰⁷.

En relación con esta cuestión, máis alá de traer a colación o feito de que a pesar de que de xeito aínda moi rudimentario xa se deseñaron algoritmos que son capaces de analizar emocións, debemos recordar a necesidade de garantir a supervisión humana do uso da intelixencia artificial polos robots software. Esta supervisión non debe reservarse en exclusiva á toma da decisión en sentido estrito, senón que tamén pode producirse *ex ante* ao analizar os riscos inherentes ao uso dun robot software na fase de resolución dun procedemento administrativo ou prever mecanismos de certificación ou auditoría ou *ex post* ao articular mecanismos *ad hoc* para o control das decisións adoptadas de xeito automatizado.

4.2 A protección de datos persoais como límite á automatización

A medida que os robots software e, en particular, os robots conversacionais adquiren unha maior habilidade para interactuar coas persoas, increméntase significativamente a posibilidade de intercambiar datos persoais e que estes sexan tratados sen que as persoas afectadas teñan coñecemento diso¹⁰⁸, ou a posibilidade de inferir novos datos persoais a partir dos datos intercambiados¹⁰⁹. Ademais, tamén se incrementan os riscos de que os ditos datos sexan coñecidos por terceiras persoas sen que teñan lexitimidade para iso¹¹⁰.

¹⁰⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, cit.

¹⁰⁷ PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnolóxico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

¹⁰⁸ ISCHEN, C., ARAUJO, T., VOORVELD, H., VAN NOORT, G. e SMIT, E., “Privacy concerns in chatbot interactions”, *International Workshop on Chatbot Research and Design*, Springer, Cham, 2019, pp. 34-48, constataron que os robots conversacionais que teñen unha maior aparencia humana levan a unha maior relevación de información persoal e a unha menor preocupación por cuestións relacionadas coa privacidade por parte das persoas que os que teñen unha aparencia de máquina.

¹⁰⁹ Nesta dirección advirteno BELEN SAĞLAM, R. e NURSE, J.R.C., “Is your chatbot GDPR compliant? Open issues in agent design”, cit.

¹¹⁰ Non podemos descoñecer as cuestións de seguridade relacionadas cos robots e asistentes virtuais. Ao respecto, son ilustrativos os seguintes titulares: “Amazon’s Alexa recorded private conversation and sent it to random contact” (Alexa de Amazon gravou conversas privadas e enviounas a un contacto ao chou), *The Guardian*, 24 de maio, 2018. Acceso web: <https://www.theguardian.com/technology/2018/may/24/amazon-alexa-recorded-conversation> (maio de 2021), ou “Amazon employees listen in to thousands of customer Alexa recordings” (Traballadores de Amazon escoitan miles de gravacións de clientes de Alexa), *The Telegraph*, 11 de abril, 2019. Acceso web: <https://www.telegraph.co.uk/technology/2019/04/11/amazon-employees-listen-thousands-customer-alexa-recordings/> (maio de 2021). En relación con estas cuestións, véxase BOLTON, T.,

Desde un punto de vista xeral, iso supón o sometemento dos tratamentos de datos persoais que realicen de xeito automatizado os robots software aos principios previstos no Regulamento xeral de protección de datos. Ademais, será necesario que a Administración pública dispoña dunha base xurídica lexitimadora adecuada para que os robots software poidan tratar os datos.

Así mesmo, a Administración pública, como responsable do tratamento realizado polo robot software, deberá informar as persoas afectadas acerca da existencia de decisións automatizadas que inclúa información significativa sobre a lóxica aplicada, así como a importancia e as consecuencias previstas do dito tratamento para o interesado¹¹¹. En xeral, as administracións públicas non informan especificamente sobre estes extremos fóra do que poidan recoller os avisos legais ou condicións de uso dos portais de Internet ou sedes electrónicas a través dos que se poida acceder ao robot software¹¹².

Máis alá desta información, os interesados poderán exercer o seu dereito de acceso para poder coñecer se se están a tratar ou non datos persoais que lles concirnen e obter información significativa sobre a lóxica aplicada na toma de decisións automatizada, así como a importancia e as consecuencias previstas do dito tratamento para a persoa interesada¹¹³.

Ademais, cando o tratamento de datos persoais que leve a cabo o robot software poida supor un alto risco para os dereitos e as liberdades das persoas físicas, por exemplo porque permita realizar unha elaboración de perfís, o responsable do tratamento debe avaliar o impacto na protección dos datos persoais dese tratamento. Deste xeito, poderá coñecer a necesidade e proporcionalidade do tratamento, a gravidade e a probabilidade de risco para os datos persoais e, se é o caso, identificar as medidas, as garantías e os mecanismos que se deban adoptar para mitigar o risco, garantir a protección dos datos persoais e demostrar a conformidade co RXPD¹¹⁴.

Desde un punto de vista particular, debemos recordar que o RXPD reconece o dereito de todo interesado a non ser obxecto dunha decisión baseada unicamente no tratamento automatizado que produza efectos xurídicos nel ou lle afecte significativamente de modo similar¹¹⁵. Este dereito reconeceuse como unha prohibición

DARGAHI, T., BELGUTH, S., AL-RAKHAMI, M.S. e SODHRO, A.H., "On the security and privacy challenges of virtual assistants", *Sensors*, n. 21, 2021, p. 2312.; CHUNG, H., IORGA, M., VOAS, J. e LEE, S., "Alexa, Can I Trust You?", *Computer*, n. 50, 2017, pp. 100-104.

¹¹¹ Artigos 13 e 14 do RXPD.

¹¹² De todos os modos, xa existen robots conversacionais que informan sobre a política de protección de datos con carácter previo ao inicio da conversa. Véxase como exemplo o robot conversacional do Concello de Córdoba, que ademais de informar sobre a política de privacidade tamén solicita o consentimento á persoa usuaria sobre a gravación das conversas para os efectos de poder mellorar o algoritmo. Acceso web: <https://www.cordoba.es/> (maio de 2021). De todos os xeitos, chama a atención que a política de privacidade é a da empresa proveedora. Acceso web: <https://1millionbot.com/politica-de-privacidad/> (maio de 2021).

¹¹³ Artigo 15 do RXPD. Así mesmo, poderán exercer o dereito de rectificación cando os datos persoais utilizados na elaboración do perfil sexan inexactos (artigo 16 RXPD). Tamén poderán exercer o dereito de supresión dos datos persoais (artigo 17 RXPD).

¹¹⁴ Artigo 28.1 da LOPDGD. Véxase ao respecto a lista dos tipos de operacións de tratamento elaborada pola Axencia Española de Protección de Datos, de acordo co disposto no artigo 35.4 RXPD. Acceso web: <https://www.aepd.es/media/criterios/listas-dpia-es-35-4.pdf> (maio de 2021).

¹¹⁵ Artigo 22.1 do RXPD.

de que se adopten decisións automatizadas cando concorran os elementos a que nos referiremos a continuación e non exista unha habilitación para iso¹¹⁶.

En primeiro lugar, que a decisión se basee unicamente nun tratamento automatizado, é dicir, que non conte cunha intervención humana ou que, aínda que interveña unha persoa, non teña unha participación significativa¹¹⁷. Este podería ser o caso de decisións administrativas automatizadas adoptadas a través dun robot software.

En segundo lugar, que a decisión produza efectos xurídicos na persoa ou lle afecte significativamente de modo similar; por exemplo, que a decisión adoptada por un robot software afecte ao acceso dunha persoa aos servizos públicos ou lle denegue unha axuda á que teña dereito¹¹⁸.

Deste xeito, un robot software non poderá tratar datos persoais para tomar unha decisión automatizada que produza efectos xurídicos se non concorre algunha das excepcións que considera o propio RXP. En particular, o robot software poderá tratar datos persoais se a decisión que se automatice é necesaria para a celebración ou a execución dun contrato entre o interesado e un responsable do tratamento; está autorizada polo dereito da Unión ou dos Estados membros que se lle aplique ao responsable do tratamento e que estableza así mesmo medidas axeitadas para salvagardar os dereitos e liberdades e os intereses lexítimos do interesado, ou se basea no consentimento explícito do interesado¹¹⁹.

No caso dos tratamentos realizados polas administracións públicas, polo xeral só será de aplicación o segundo suposto, é dicir, que estea previsto nunha norma con rango de lei¹²⁰, xa que é pouco probable que, na maioría de casos, a persoa interesada poida manifestar de xeito completamente libre o seu consentimento ante o prexuízo de que a súa eventual negativa poida chegar a ter na actuación pública¹²¹. Non obstante, nalgúns casos, por exemplo cando a persoa utiliza un robot conversacional para obter información á que tamén poida acceder a través doutras canles, o tratamento podería chegar a basearse no dito consentimento.

O responsable do tratamento deberá adoptar as medidas adecuadas para protexer os dereitos e as liberdades e os intereses lexítimos do interesado¹²². Estas medidas

¹¹⁶ Como recoñeceu o Grupo de traballo do artigo 29 (2018), o feito de que o artigo 22 do RXP se refira a un dereito non quere dicir que “se aplique só cando se invoque de forma activa por parte do interesado”.

¹¹⁷ GRUPO DE TRABAJO DO ARTIGO 29, *Directrices sobre decisións individuais automatizadas e elaboración de perfís para os efectos do Regulamento 2016/679*, 2018, p. 23; VEALE, M. E EDWARDS, L., “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *Computer Law & Security Review*, n. 34, 2018.

¹¹⁸ GRUPO DE TRABAJO DO ARTIGO 29, *Directrices sobre decisións individuais automatizadas e elaboración de perfís para os efectos do Regulamento 2016/679*, cit., p. 24.

¹¹⁹ Artigo 22.2 do RXP.

¹²⁰ Artigo 8.1 da LOPDGD. No caso das decisións automatizadas adoptadas polas administracións públicas, atopa o seu acomodo no artigo 41 LRXSP. Nesta dirección, BOIX PALOP, A., “La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, cit.

¹²¹ Como puxo de manifesto o Grupo de Traballo do Artigo 29 (2018), “sempre hai un claro desequilibrio de poder na relación” entre o responsable do tratamento e o interesado”. Véxase ao respecto CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Las características del consentimiento del interesado y su incidencia en el tratamiento de datos en las administraciones públicas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. III, 2019.

¹²² Artigo 22.3 do RXP.

deben incluír como mínimo as seguintes¹²³: o dereito a obter intervención humana por parte do responsable, o dereito a expresar o seu punto de vista e o dereito a impugnar a decisión¹²⁴.

5 Automatización e emprego público

A automatización da Administración pública a través de robots software ten un impacto evidente no emprego público. En efecto, na medida en que os robots software ao realizar as súas tarefas substitúan empregadas e empregados públicos é evidente que estas persoas deixarán de realizar estas tarefas¹²⁵.

De feito, non podemos descoñecer que, nos últimos anos, algúns estudos concluíron que o 47 % dos traballos actuais están en alto risco de ser automatizados nos próximos 10 ou 20 anos¹²⁶. Así mesmo, outros estudos indicaron que, en 2025, o tempo dedicado ás tarefas actuais por humanos e por máquinas será o mesmo. Este proceso non só se producirá en relación coas tarefas rutinarias, senón tamén respecto a outras de perfil auxiliar, administrativo e técnico¹²⁷.

No entanto, estes mesmos estudos tamén apuntaron que esta situación non debe supor unha desaparición do emprego público, senón un cambio no modelo de emprego público¹²⁸. En primeiro lugar, os empregados e empregadas públicos poderán centrarse en tarefas máis complexas ás que poidan engadir maior valor en vez de en tarefas rutinarias ou sinxelas que poden realizar perfectamente os robots software¹²⁹. En segundo lugar, as empregadas e empregados públicos poderán realizar aquelas tarefas en que os robots poidan ter maiores dificultades ou ser incapaces de desenvolver (por exemplo, por requirir empatía, creatividade, intelixencia emocional e social ou capacidade de negociación)¹³⁰. En terceiro lugar, os empregados e empregadas públicos poderán ocupar novos perfís profesionais que serán creados, precisamente,

¹²³ O artigo 9 do Convenio 108+ do Consello de Europa é ilustrativo sobre o alcance que deben ter estas medidas de garantía. En calquera caso, é necesario adoptar as medidas suficientes. Ao respecto, resulta de interese traer a colación a Sentenza do Tribunal de Distrito da Haia do 5 de febreiro de 2020, na que anulou a elaboración automatizada de perfís para loitar contra a fraude na Seguridade Social (SyRI), que entre outros motivos considera que as garantías adoptadas non eran suficientes (6.81 e 6.92).

¹²⁴ Nesta dirección, debe terse en conta o previsto nos artigos 4.1.2 da LRXSP e 13.2 do Real decreto 203/2021.

¹²⁵ Incluso xa existe algunha experiencia de robots utilizados no proceso de selección de empregados públicos. Véxase ao respecto a experiencia do robot Tengai, impulsada polo Municipio sueco de Upplands-Bro (VAN NOORDT, C. e MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", cit., p. 24).

¹²⁶ FREY, C.B. e OSBORNE, M.A., "The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?", *Technological forecasting and social change*, n. 114, 2017, p. 38.

¹²⁷ RAMIÓ MATAS, C., "El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público", *GIGAPP Estudios Working Papers*, n. 98, 2018, pp. 403-404.

¹²⁸ ANDERSEN, K.N., LEE, J. e HENRIKSEN, H.Z., "Digital Sclerosis? Wind of Change for Government and the Employees", cit., p. 7.

¹²⁹ SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. e REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", cit., p. 3.

¹³⁰ De feito,ponse de manifesto que unha das diferenzas máis importantes na interacción entre humanos e na interacción entre humanos e chatbots é a menor capacidade de empatía destes últimos últimos (ADAMOPOULOU, E. e MOUSSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", cit., p. 1). De todos os modos, non podemos descoñecer os avances experimentados nesta dirección, como se recolle en: <https://www.bbvaopenmind.com/humanidades/sociologia/en-busca-de-la-nueva-empatia-humano-maquina/> (agosto de 2020).

para dar resposta á extensión dos robots software e, en xeral, á intelixencia artificial nas administracións públicas (desde enxeñeiros e informáticos que os deseñen ou implementen ata xuristas ou filósofos que se preocupen de dar resposta aos retos xurídicos ou éticos que a extensión dos robots software poida entrañar)¹³¹.

A dúbida que se presenta é ata que punto os robots software poden chegar a substituír os funcionarios e funcionarias en calquera tarefa¹³². Ao respecto, máis alá das limitacións tecnolóxicas que fomos pondo de manifesto ao longo do traballo, é evidente que a lexislación vixente reserva a funcionarios algunhas funcións, o que, a noso entender, supón un claro límite á substitución do funcionariado polos robots software¹³³.

6 A incorporación dos robots á Administración pública

Os robots software que utilizan as administracións públicas poden ser deseñados polos servizos informáticos ou técnicos das propias entidades públicas.

Non obstante, polo momento, non é habitual que sexan as propias administracións públicas as que programen o código ou deseñen os robots software e, na actualidade, a maioría dos robots que utilizan están xeralmente programados e son implementados por empresas externas que licencian o seu uso á Administración pública. Estes robots poden incorporarse á Administración pública que se encarga de administralos ou simplemente poden ser usados sendo a empresa externa quen se encarga da súa administración (*Robot as a Service, RaaS*)¹³⁴.

Deste xeito, pódense reducir os custos, así como fomentar a innovación no desenvolvemento destas aplicacións¹³⁵. Emporiso, tamén se pode xerar unha dependencia tecnolóxica das administracións públicas particularmente nun ámbito, o dos robots conversacionais e a intelixencia artificial, dominado por poucas empresas¹³⁶. Así

¹³¹ RAMÍO MATAS, C., "El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público", cit., pp. 406-409; WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2020*, World Economic Forum, Cologny/Geneva, 2020.

¹³² GORRITI BONTIGUI, M., "Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la Administración pública del siglo XXI", Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021, recolle distintos criterios para obxectivar a automatización de tarefas na Administración pública.

¹³³ Así, por exemplo, o artigo 9.2 do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, reserva en exclusiva aos funcionarios públicos o exercicio das funcións que impliquen a participación directa ou indirecta no exercicio das potestades públicas ou na salvagarda dos intereses xerais do Estado e das administracións públicas.

¹³⁴ Un rápido repaso dos procedementos para a adquisición dos robots software polas administracións públicas españolas permite observar que nalgúns casos se adquiren mediante un contrato de servizos e noutros como un contrato de subministracións. Noutras ocasións canalízase como un convenio, tal como explica a noticia publicada no portal do Concello de Santa Pola. Acceso web: <https://www.santapola.es/2020/03/27/el-ayuntamiento-de-santa-pola-habilita-un-asistente-virtual-en-su-web-para-informar-las-24-horas-del-covid-19/> (maio de 2021). Noutros supostos adxudicouse un acordo marco para homologar a diversos provedores para a prestación de servizos de chatbots e asistentes virtuais (por exemplo, o Consorci de Serveis Universitari de Catalunya).

¹³⁵ En relación coa incorporación da innovación no deseño dos robots software desde o mercado, debemos remitirnos aos instrumentos que dispón a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, como a asociación para a innovación (artigo 177 Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público) ou as consultas preliminares ao mercado (artigo 115 LCSP).

¹³⁶ O desenvolvemento dos robots software atópase en mans dunhas poucas empresas (WAJCMAN, J., "Automation: is it really different this estafe?", *The British journal of sociology*, n. 68, 2017, p. 121). No caso dos robots software, as principais empre-

mesmo, debe terse presente que o desenvolvemento de determinadas tarefas por robots software pode chegar a supor o exercicio privado de funcións públicas de autoridade¹³⁷. En última instancia, pode entrañar problemas respecto ao cumprimento dos principios reitores da actividade pública; por exemplo, tal como advertimos respecto á transparencia pública.

Deste modo, os pregos de cláusulas técnicas deben poder concretar axeitadamente non só os requisitos que deban cumprir os robots software para automatizar de xeito eficaz, eficiente ou económico as actuacións administrativas, senón tamén os elementos suficientes para velar por que estes cumpran cos valores e principios propios das administracións públicas¹³⁸. Tamén determinar o alcance dos dereitos de propiedade intelectual da contratista respecto ao robot software que desenvolvese para a Administración pública ou que poña a disposición desta para o seu uso¹³⁹.

Nesta dirección, sería adecuado fomentar un marco institucional que poida impulsar e facilitar a incorporación dos robots software nas administracións públicas de acordo con estes parámetros, como indicamos anteriormente¹⁴⁰.

Xunto a esta posibilidade, algunhas administracións públicas están a incorporar os robots software a través da reutilización de aplicacións desenvolvidas por outras entidades públicas de acordo co principio de cooperación¹⁴¹. Para iso, de acordo co que

sas son UiPath, Automation Anywhere e Blue Prism. No caso dos chatbots, DialogFlow (Google), Azure Bot (Microsoft), Lex (Amazon) IBM Watson Assistant. No caso dos robots conversacionais, Amazon, Apple ou Microsoft están liderando o mercado dos asistentes virtuais. Véxase ao respecto ALBERTH, M. e MATTERN, M., "Understanding robotic process automation (RPA)", cit.; SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. e REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", cit., p. 121. Desde un punto de vista máis xeral, véxanse ao respecto as reflexións de RANCHORDÁS, S. e KLOP, A., "Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities", Berlee, A., Mak, V. e Tjong Tjin Ta, E. (eds.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018; e VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 56-68. Esta autora advirte que será o sector público o que deberá definir o alcance da innovación que espera que lle provea o sector privado.

¹³⁷ CANALS I AMETLLER, D., "El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado", Gámero Casado, E. (ed.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 374; MIRANZO DÍAZ, J., "Inteligencia artificial y contratación pública", Martín Delgado, I. e Moreno Molina, J.A. (eds.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020, p. 131.

¹³⁸ Neste sentido, podemos traer a colación a experiencia do Concello de Barcelona que elaborou a Guía de Compra Pública de TIC (2017), que proporciona unha visión global da estratexia municipal en canto á compra de tecnoloxía e servizos tecnolóxicos. Así mesmo, resultan de interese as directrices para a adquisición de intelixencia artificial desenvolvidas por OFFICE FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Guidelines for AI Procurement*, 2020.

¹³⁹ En relación con esta cuestión, debe terse presente o que dispón o artigo 308 da LCSP.

¹⁴⁰ Véxase ao respecto CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes", cit. Nesta mesma dirección, RAMÍO MATAS, C., "Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n. 5, 2019, pp. 30-46, sinalou que "a Administración pública debería ter un departamento de gobernanza da robótica que, entre outras funcións, se encargase da selección dos robots e dos dispositivos de intelixencia artificial. Os posibles candidatos deberían ser probados atendendo ao principio de capacidade e á superación de determinados filtros con valores públicos (non intrusivos, respecto ao principio de privacidade, amables, etc.)."

¹⁴¹ Como exemplo, podemos traer a colación a experiencia do chatbot do Consorci Administració Oberta de Catalunya. Acceso web: <https://www.aoc.cat/2021/1000280696/nova-versio-aplicacio-nativa-signador-2> (maio de 2021), ou do servizo de chatbot do Consorci de Serveis Universitaris de Catalunya. Acceso web: <https://www.csuc.cat/ca/compres-conjunes/xatbot> (maio de 2021). De todos os xeitos, nos dous casos, o deseño piloto desta experiencia non foi desenvolvido polos propios consorcios, senón a través de empresas externas.

dispón a LRXSP, as administracións públicas porán á disposición doutras entidades públicas, a través de directorios actualizados, os robots software desenvolvidos polos seus servizos técnicos ou que fosen adquiridos do mercado sempre e cando sexan titulares dos seus dereitos de propiedade. Ademais, para facilitar a reutilización das devanditas aplicacións, poden decláralas como de fontes abertas¹⁴².

7 Reflexións finais

Ao longo destas páxinas tivemos a oportunidade de mostrar numerosos exemplos tanto das tarefas que poden desenvolver os robots software como de distintas experiencias de uso para a automatización da actividade e o funcionamento das administracións públicas. Á vista de todo iso, é evidente que a automatización das administracións públicas a través dos robots software pode xerar numerosos beneficios en termos de eficacia, eficiencia e economía, pero tamén de servizo efectivo á cidadanía, máis transparente, personalizado e proactivo. Estes beneficios poden verse incrementados a medida que os robots software se vaian desenvolvendo, o que permitirá que os robots presten máis servizos e que as tarefas que se automaticen sexan máis complexas ou completas¹⁴³.

Porén, a pesar dos beneficios que pode entrañar a automatización das administracións públicas a través do uso de robots software e da innovación que pode comportar, non podemos deixarnos impresionar por esta tecnoloxía nin caer no nesgo da automatización confiando máis no resultado obtido automaticamente por un robot software que na actividade que poidan desenvolver as empregadas e empregados públicos¹⁴⁴.

Malia que os robots software van incrementando as súas prestacións e os avances que están a experimentar co uso da intelixencia artificial están a reportar melloras significativas na calidade e complexidade das tarefas que desenvolven ou os servizos que prestan, non podemos descoñecer que aínda en moitas ocasións os robots conversacionais son incapaces de entender correctamente o que se lles pregunta, de manter unha conversa cunha persoa ou de mostrar empatía con ela¹⁴⁵.

Ademais, a pesar de que moitas persoas poden quedar admiradas por ser atendidas por asistentes virtuais¹⁴⁶, outras tantas poden non querer ou non saber interactuar con robots en vez de con persoas¹⁴⁷. De feito, hoxe en día a experiencia das per-

¹⁴² Artigos 157 e 158 da LRXSP.

¹⁴³ Nesta dirección, MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. e TATE, M., "A Typology of Chatbots in Public Service Delivery", cit.

¹⁴⁴ Os robots non son a panacea. Segundo unha enquisa sobre esta materia publicada polo portal *Chatbots*, o 53% dos enquisados consideran que os robots conversacionais non son efectivos ou son pouco efectivos. Acceso web: https://www.chatbots.org/images/news/chatbot_survey_2018.pdf (maio de 2021).

¹⁴⁵ Segundo Gartner, en 2020 o 40% dos chatbots lanzados en 2018 xa terán sido abandonados. Acceso web: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner> (maio de 2021).

¹⁴⁶ Referímonos ao coñecido *factor wow* ou efecto "guau" (GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.).

¹⁴⁷ Ao respecto, ADAMOPOULOU e MOUSSIADES observan que, "cando os clientes descubren durante unha conversación que están a falar cun chabot, se molestan e compran menos produtos" (ADAMOPOULOU, E. e MOUSSIADES, L., "Chatbots: His-

soas usuarias aínda non é moi positiva, polo que a maioría delas aínda prefiren utilizar as canles habituais de relación (tanto presenciais como mesmo a distancia, pero coa participación de empregados públicos; por exemplo, mediante o correo electrónico)¹⁴⁸. Por iso, cómpre que, de xeito paralelo á extensión do uso dos robots software entre as administracións públicas, estas garantan o acceso da cidadanía a través doutras canles, non necesariamente electrónicas, de maneira que poida exercerse efectivamente o dereito a elixir en todo momento se se comunican coas administracións públicas a través de medios electrónicos ou non.

En calquera caso, a incorporación dos robots software ou a automatización de determinadas tarefas non debe ser froito dunha moda pasaxeira ou do influxo das tendencias innovadoras experimentadas ou promovidas por grandes empresas tecnolóxicas e debe ser o resultado dunha análise con carácter previo dos seus usos nas administracións públicas á vista dos riscos que poidan entrañar ou do impacto que poida ter nos principios que deben rexer o desenvolvemento da Administración dixital. Ademais, este proceso non debe desenvolverse de xeito illado, senón que debe ser un elemento máis da transformación dixital que están a experimentar as administracións públicas.

Bibliografía

- ADAMOPOULOU, E. e MOUSSIADES, L., “Chatbots: History, technology, and applications”, *Machine Learning with Applications*, n. 2, 2020.
- ALBERTH, M. e MATTERN, M., “Understanding robotic process automation (RPA)”, *Journal of Financial Transformation*, n. 46, 2017.
- ALMANSOR, E.H. e HUSSAIN, F.K., *Survey on Intelligent Chatbots: State-of-the-Art and Future Research Directions*, Springer International Publishing, Cham, 2020.
- ANDERSEN, K.N., LEE, J. e HENRIKSEN, H.Z., “Digital Sclerosis? Wind of Change for Government and the Employees”, *ACM Journal on Digital Government Research and Practice*, n. 1, 2020.
- ANDROUTSOPOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. e CHARALABIDIS, Y., “Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots”, *Government Information Quarterly*, n. 36, 2019.
- ARTIFICIAL SOLUTIONS, *Chatbots: La Guía Definitiva*, 2020.
- BARCEVIČIUS, E., CIBAITĖ, G., CODAGNONE, C., GINEIKYTĖ, V., KLIMAVIČIŪTĖ, L., LIVA, G., MATULEVIČ, L., MISURACA, G. e VANINI, I., *Exploring Digital Government transformation in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

tory, technology, and applications” cit.). Iso veu ser coñecido como a teoría do val inquietante que experimenta unha persoa cando non sabe se está a interactuar cunha persoa ou cun robot.

¹⁴⁸ ANDROUTSOPOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. e CHARALABIDIS, Y., “Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots”, cit.

- BELEN SAĞLAM, R. e NURSE, J.R.C., “Is your chatbot GDPR compliant? Open issues in agent design”, *2nd Conference on Conversational User Interfaces*, Association for Computing Machinery, Bilbao, 2020.
- BOIX PALOP, A., “La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020.
- BOLTON, T., DARGAHI, T., BELGUITH, S., AL-RAKHAMI, M.S. e SODHRO, A.H., “On the security and privacy challenges of virtual assistants”, *Sensors*, n. 21, 2021.
- BONALES DAIMIEL, G. e MARTÍNEZ, E., “Using Virtual Assistants and Chatbots for Crisis Communication”, *aDResearch: Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, n. 25, 2021.
- BORENSTEIN, J. e ARKIN, R., “Robotic nudges: the ethics of engineering a more socially just human being”, *Science and engineering ethics*, n. 22, 2016.
- BRYAN, J., *Trends in Gartner Hype Cycle for Customer Service and Customer Engagement*, Gartner, 2018.
- BULLOCK, J.B., “Artificial intelligence, discretion, and bureaucracy”, *The American Review of Public Administration*, n. 49, 2019.
- BUOLAMWINI, J. e GEBRU, T., “Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification”, *Proceedings of Machine Learning Research*, n. 81 (Conference on fairness, accountability and transparency), 2018.
- CANALS I AMETLLER, D., “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, Gamero Casado, E. (ed.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CASAS, J., TRICOT, M.-O., ABOU KHALED, O., MUGELLINI, E. e CUDRÉ-MAUROUX, P., “Trends & Methods in Chatbot Evaluation”, *Companion Publication of the 2020 International Conference on Multimodal Interaction*, Virtual Event Netherlands, 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Las características del consentimiento del interesado y su incidencia en el tratamiento de datos en las administraciones públicas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. III, 2019.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l’ús dels algoritmes”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 56, 2019.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, *European review of digital administration & law*, n. 1, 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas”, *Anuario de Transparencia Local 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La inteligencia artificial y el control de sus posibles sesgos”, Villoria Mendieta, M. (ed.), *Ética pública en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021 (en prensa).
- CHUNG, H., IORGA, M., VOAS, J. e LEE, S., “Alexa, Can I Trust You?”, *Computer*, n. 50, 2017.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza COM(2020) 65 final*, 2020.
- DE CICCO, R., DA COSTA E SILVA, S.C.L. e PALUMBO, R., *Should a Chatbot Disclose Itself? Implications for an Online Conversational Retailer*, Springer International Publishing, Cham, 2021.
- ERNST & YOUNG LLP, *Inteligencia Artificial en el Sector Público. Cómo se benefician 213 organizaciones públicas de la IA. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes*, Microsoft, Madrid, 2020.
- FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. e BJØRKLI, C.A., “What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study”, *Internet Science. 5th International Conference. INSCI 2018*, Springer, Cham, 2018.
- FREY, C.B. e OSBORNE, M.A., “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?”, *Technological forecasting and social change*, n. 114, 2017.
- GAMERO CASADO, E., “Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas”, *Diario La Ley*, n. 50, 2021.
- GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, Anaya, Madrid, 2021.
- GORRITI BONTIGUI, M., “Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la Administración pública del siglo XXI”, Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021.
- GRUDIN, J. e JACQUES, R., “Chatbots, Humbots, and the Quest for Artificial General Intelligence”, *2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Association for Computing Machinery, Glasgow, Scotland Uk, 2019.
- GRUPO DE TRABAJO DO ARTIGO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas e elaboración de perfís para os efectos do Regulamento 2016/679*, 2018.
- HOFMANN, P., SAMP, C. e URBACH, N., “Robotic process automation”, *Electronic Markets*, n. 30, 2020.
- HUERGO LORA, A., “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, Huergo Lora, A. (ed.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2020.
- IEEE STANDARDS ASSOCIATION, *IEEE Guide for Terms and Concepts in Intelligent Process Automation. IEEE Std 2755-2017 (IEEE Std 2755-2017)*, 2017.
- INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, European Commission, Brussels, 2019.

Regap



ESTUDIOS

- ISCHEN, C., ARAUJO, T., VOORVELD, H., VAN NOORT, G. e SMIT, E., “Privacy concerns in chatbot interactions”, *International Workshop on Chatbot Research and Design*, Springer, Cham, 2019.
- LINDGREN, I., “Exploring the Use of Robotic Process Automation in Local Government”, *EGOV-CeDEM-ePart 2020*, Linköping University, Sweden, 2020.
- LINDGREN, I., MADSEN, C.Ø., HOFMANN, S. e MELIN, U., “Close encounters of the digital kind: A research agenda for the digitalization of public services”, *Government Information Quarterly*, n. 36, 2019.
- LOMMATZSCH, A., “A next generation chatbot-framework for the public administration”, *International Conference on Innovations for Community Services*, Springer, Žilina, Slovakia, 2018.
- MAKASI, T., NILI, A., DESOUSA, K.C. e TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, *First Monday*, n. 25(12), 2020.
- MAKASI, T., NILI, A., DESOUSA, K.C. e TATE, M., “A Typology of Chatbots in Public Service Delivery”, *IEEE Software*, abril 2021.
- MARTÍN DELGADO, I., “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, 2009.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Robots inteligentes y personalidad”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 53, 2020.
- MIRANZO DÍAZ, J., “Inteligencia artificial y contratación pública”, Martín Delgado, I. e Moreno Molina, J.A. (eds.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020.
- MISURACA, G. e VAN NOORDT, C., *Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.
- NG, K.K.H., CHEN, C.-H., LEE, C.K.M., JIAO, J. e YANG, Z.-X., “A systematic literature review on intelligent automation: Aligning concepts from theory, practice, and future perspectives”, *Advanced Engineering Informatics*, n. 47, 2021.
- NOTO LA DIEGA, G., “Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n. 9, 2018.
- OBSERVATORY OF PUBLIC SECTOR INNOVATION (OPSI) e UNITED ARAB EMIRATES (UAE) MOHAMMED BIN RASHID CENTRE FOR GOVERNMENT INNOVATION (MBRCGI), *Seamless Government, Embracing Innovation in Government*. Global Trends, 2020.
- OFFICE FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Guidelines for AI Procurement*, 2020.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PASQUALE, F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2015.
- PASTOR BERMÚDEZ, A., “Innovando con servicios digitales en la administración pública”, Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública*.

- Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021.
- PETRIV, Y., ERLLENHEIM, R., TSAP, V., PAPPEL, I. e DRAHEIM, D., “Designing Effective Chatbot Solutions for the Public Sector: A Case Study from Ukraine”, Chugunov, A., Khodachek, I., Misnikov, Y. e Trutnev, D. (eds.), *Electronic Governance and Open Society: Challenges in Eurasia: 7th International Conference, EGOSE 2020*, Springer International Publishing, Cham, 2020.
- PIETERSON, W., EBBERS, W. e MADSEN, C.Ø., “New channels, new possibilities: A typology and classification of social robots and their role in multi-channel public service delivery”, *International Conference on Electronic Government, EGOV 2017*, Springer, Cham, 2017.
- PISE, R., “Chatbot market size is set to exceed USD 1.34 billion by 2024”, *ClickZ*, 6 de xullo, 2018.
- PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- RAMIÓ MATAS, C., “El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público”, *GIGAPP Estudios Working Papers*, n. 98, 2018.
- RAMIÓ MATAS, C., “Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n. 5, 2019.
- RANCHORDÁS, S. e KLOP, A., “Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities”, Berlee, A., Mak, V. e Tjong Tjin Ta, E. (eds.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.
- ROIG BATALLA, A., *Las garantías frente a las decisiones automatizadas. Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, JM Bosch, Barcelona, 2020.
- SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDÉ, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. e REIJERS, H.A., “Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges”, *Computers in Industry*, n. 115, 2020.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista galega de administración pública*, n. 59, 2020.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018.
- VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019.
- VAN NOORDT, C. e MISURACA, G., “New wine in old bottles: Chatbots in government”, *International Conference on Electronic Participation*, Springer, Cham, 2019.

regap



ESTUDIOS

- VEALE, M. e EDWARDS, L., “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *Computer Law & Security Review*, n. 34, 2018.
- VIEHHAUSER, J., “Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation”, Asatiani, A. et al. (ed.), *Business Process Management: Blockchain and Robotic Process Automation Forum. BPM 2020. Lecture Notes in Business Information Processing*, Springer, Cham, 2020.
- WAJCMAN, J., “Automation: is it really different this time?”, *The British journal of sociology*, n. 68, 2017.
- WHITTAKER, M., ALPER, M., BENNETT, C.L., HENDREN, S., KAZIUNAS, L., MILLS, M., MORRIS, M.R., RANKIN, J., ROGERS, E. & SALAS, M., *Disability, Bias, and AI*, AI Now Institute, New York, 2019.
- WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2020*, World Economic Forum, Cologny/Geneva, 2020.
- WRIGHT, J., “The Alexafication of Adult Social Care: Virtual Assistants and the Changing Role of Local Government in England”, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, n. 18, 2021.
- YEUNG, K., “Why worry about decision-making by machine?”, Yeung, K. e Lodge, J. (eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 43-73
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4747>
© Fernando Rey Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/04/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

O organismo español para a igualdade: claves para a súa converxencia co modelo europeo

El organismo español para la igualdad: claves para su convergencia con el modelo europeo

The Spanish body for equality: keys to its convergence with the European model

61 Regap

Regap



ESTUDIOS

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Catedrático de Dereito Constitucional
Universidade de Valladolid

<https://orcid.org/0000-0002-5005-9401>

frey@uva.es

Resumo: O artigo 13 da Directiva 43/2000/CE obrigou os Estados membros a designar “un ou máis organismos responsables da promoción da igualdade de trato” por motivos étnico/raciais. O primeiro modelo español de transposición, aínda vixente, foi deficiente e insuficiente. O Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica (CEDRE) non responde en absoluto ao modelo europeo de organismo para a igualdade. Por outro lado, o propio dereito comunitario foi evolucionando, exixindo aos Estados a creación de organismos semellantes para o resto de trazos especialmente protexidos contra as discriminacións e perfilando, sobre todo a través da Recomendación da Comisión do 22 de xuño de 2018, un modelo de organismo moito máis potente e preciso que o requirido anteriormente. Neste contexto, está en trámite de aprobación parlamentaria a Lei integral de igualdade de trato e non discriminación, que viría intentar cumprir, esta vez si, as exixencias europeas. Conclúense, finalmente, dúas ideas: que o planeado en tal proposición é suficiente para alcanzar o dito obxectivo, pero de modo mínimo e mesmo mediocre, e que a mellor fórmula sería crear un órgano especializado dentro da Defensoría do Pobo e equivalentes autonómicos.

Palabras clave: Igualdade e non discriminación, modelo europeo antidiscriminatorio, organismos para a igualdade, Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica, Comisionado para a Igualdade de Trato e a Non Discriminación.

Resumen: El artículo 13 de la Directiva 43/2000/CE obligó a los Estados miembros a designar “uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato” por motivos étnico/raciales. El primer modelo español de transposición, todavía vigente, ha sido deficiente e insuficiente. El Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) no responde en absoluto al modelo europeo de organismo para la igualdad. Por otro lado, el propio derecho comunitario ha ido evolucionando, exigiendo a los Estados la creación de organismos semejantes para el resto de rasgos especialmente protegidos contra las discriminaciones y perfilando, sobre todo a través de la Recomendación de la Comisión de 22 de junio de 2018, un modelo de organismo mucho más potente y preciso que el requerido anteriormente. En este contexto, está en trámite de aprobación parlamentaria la Ley integral de igualdad de trato y no discriminación que vendría a intentar cumplir, esta vez sí, las exigencias europeas. Se concluye, finalmente, dos ideas: que lo planeado en tal proposición es suficiente para alcanzar dicho objetivo, pero de modo mínimo e incluso mediocre y que la mejor fórmula sería crear un órgano especializado dentro de la Defensoría del Pueblo y equivalentes autonómicos.

Palabras clave: Igualdad y no discriminación, modelo europeo antidiscriminatorio, organismos para la igualdad, Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, Comisionado para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Abstract: Article 13 of Directive 43/2000/EC required Member States to designate “one or more bodies responsible for the promotion of equal treatment” on ethnic/racial grounds. The first Spanish transposition model, still in force, has proven poor and insufficient. The Council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination (CEDRE) responds in no way to the European model designed for an equality body. On the other hand, European law itself has evolved, requiring Member States to set up similar bodies regarding other features which are particularly protected against discrimination and profiling, in particular through the Commission Recommendation of 22 June 2018, in any case a much more powerful and precise model of organism than previously required. In this context, the Spanish Equal Treatment and Non-Discrimination Proposition, currently underway in Parliament, attempts to comply, this time yes, with European demands. Finally, two main conclusions are reached: that the proposed regulation is sufficient in itself to achieve that European objective, even if in a minimal or mediocre way, and that the best formula to adopt would be the creation of a specialized body within the national and regional Ombudsman’s Offices.

Key words: Equality and non-discrimination, European anti-discrimination model, equality bodies, council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination, Commissioner for Equal Treatment and Non-Discrimination.

SUMARIO: 1 Introducción. Un órgano creado por exigencia do dereito da Unión Europea para resolver un problema que non estiman xeralmente as autoridades españolas como tal: a discriminación racial. 2 A perfunctoria trazabilidade do Consello. 3 A primeira fase de configuración europea do organismo de igualdade (2000-2018). 4 A segunda fase (2018-) e o seu contraste coa Proposición de Lei integral. 4.1 A Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018. 4.2 O Informe da Comisión que avalía a aplicación da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018, do 19 de marzo de 2021. 4.3 Contraste do marco europeo coa regulación prevista na Proposición de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación tras a súa toma en consideración polo Pleno do Congreso o 23 de febreiro de 2021. 5 Tese conclusiva: a conveniencia de atribuír as funcións do organismo para a igualdade ao Defensor do Pobo estatal e os seus equivalentes autonómicos.

1 Introducción. Un órgano creado por exigencia do dereito da Unión Europea para resolver un problema que non estiman xeralmente as autoridades españolas como tal: a discriminación racial

Na densamente poboada galaxia española de institucións e organismos públicos, vaga sen rumbo un órgano estatal pouco coñecido: o Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica (en diante, CEDRE), creado polo Real decreto 1262/2007, do 21 de setembro¹, que, ata onde alcanzo, tampouco mereceu ata o momento nin unha soa liña de análise doutrinal específica propiamente xurídica². A escasa operatividade real deste órgano contrasta de maneira chamativa coa relevancia política e social que, pola contra, debora ter en xeral e no noso país en particular a cuestión da loita contra a discriminación racial.

Encóntrase na actualidade en trámite parlamentario un intento de reforma deste órgano, de incerto prognóstico, pero, en calquera caso, paga a pena reflexionar sobre os trazos que, en xeral, deberan orientar tal modificación ou outras posteriores, por suposto á luz do dereito da Unión Europea, que é o ámbito de onde procede a súa creación en realidade.

Neste artigo mostrarei en primeiro lugar a trazabilidade do CEDRE, isto é, a súa xénese europea e a deficiente e preguiceira incorporación ao noso dereito interno. O noso lexislador, máis que “traspor” a directiva correspondente, máis ben quedou “trasposto” (segundo o Dicionario da RAE: “quedar lixeiramente durmido”), aínda que non de modo lixeiro precisamente, como teremos oportunidade de comprobar. En segundo lugar, citarei en estrados a interpretación que desde a Unión Europea se vén realizando deste tipo de organismos de igualdade para demostrar o sorprendente contraste coa súa real configuración entre nós. E, por último, extraerei da argumentación anterior as leccións máis importantes a ter en conta para unha cabal regulación do organismo de igualdade. Concluirei, por último, que o modelo de organismo que planea a proposición actualmente en debate cumpre coas exigencias europeas, pero dunha forma que xulgo excesivamente básica ou mínima, e que a mellor fórmula de adaptación entre nós estaría na creación dun órgano *ad hoc* dentro da institución da Defensoría do Pobo e as súas figuras autonómicas equivalentes.

Pero antes de pasar a analizar os elementos aludidos cómpre expor, de xeito propedéutico, o contexto que explica, ao meu xuízo, o pobre proceso de transposición

¹ Cun nome inicial, por certo, non só confuso, “Consello para a promoción da igualdade de trato e non discriminación das persoas pola orixe racial ou étnica”, senón tamén discutible porque si existe “orixe” étnica, pero non hai “orixe” racial, dado que bioloxicamente non hai razas humanas, só hai unha, aínda que si exista discriminación racial na medida en que o racismo é a suma de tres graves erros concatenados: asumir que si hai razas, considerar que unhas son superiores a outras e, finalmente, a maior equivocación: incluír o racista por definición na raza superior. Evidentemente, se houberse razas e se puidesen xerarquizar, ao racista corresponderíalle a raza intelectual e moral inferior.

² Desde a socioloxía, é interesante o recente artigo de SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: O marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, *Oriati Socio-legal series*, n. 11(3), 2021. DOI 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1183 (19 de abril de 2021).

da normativa europea neste eido. En efecto, por que en España, a diferenza de na maioría dos países europeos, non se creou o organismo de igualdade cos claros perfís que exige a Unión, senón dun xeito aparente máis que real, como unha sorte de “trampantollo” burocrático? A resposta, ao meu xuízo, é sinxela³: porque no noso país o problema da discriminación racial nin está nin se lle espera na axenda social nin na política. Hai racismo en España? Si, pero apenas se percibe como tal; a miúdo, nin sequera polas vítimas. En xeral, cando se fala de racismo entre nós, a asociación espontánea de ideas remite inmediatamente a Luther King, a Mandela ou ao *Black Lives Matter*, é dicir, ao estranxeiro. É imposible solucionar un problema cuxa existencia se nega. E que, ademais, se ignora oceanicamente, posto que seguimos sen dispor de estatísticas oficiais periódicas que permitan iluminar o problema.

Un bo exemplo de todo isto é a xurisprudencia do noso Tribunal Constitucional, que foi invariablemente ata agora *race-blind*, indiferente ao factor racial. Se algún xurista persa ou de calquera outro país se fixase soamente na dita xurisprudencia para determinar se hai ou non racismo, debería concluír de forma inevitable que o noso país é o Shangri-La da igualdade étnica. Apenas hai sentenzas do Tribunal Constitucional, só tres (en máis de 40 anos de existencia) e as tres desestiman que houbese racismo no caso cunha argumentación moi discutible, como o demostra que dúas delas fosen recorridas con éxito en sede internacional e a terceira vai xa en camiño.

O primeiro caso foi o asunto Williams, resolto pola STC 13/2001, que desestima o recurso de amparo contra unha actuación policial de requirimento de identificación (na estación de tren de Valladolid) a unha muller tan só por ser negra, por considerar que o dito requirimento non obedeceu nin a unha discriminación patente nin a unha encuberta (a pesar de que só a ela, de entre todos os pasaxeiros que descenderon do tren, se lle exixiu). Esta decisión foi declarada polo Comité de Dereitos Humanos (Comunicación n. 1493/2006), do 27 de xullo de 2009, contraria ao artigo 26, lido conxuntamente co artigo 2.3 do Pacto de Dereitos Cívís e Políticos das Nacións Unidas⁴.

A segunda sentenza sobre discriminación racial é a STC 69/2007, que foi impugnada ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos e resolta por este, o 8 de decembro de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, nun sentido diametralmente contrario ao do tribunal español. O tribunal europeo decide a favor dunha muller xitana española á que as autoridades nacionais lle denegaran unha pensión de viuvez por non contraer matrimonio segundo a forma legal válida no ano 1971 (rito católico), senón de acordo coas tradicións da comunidade xitana. Concretamente, a sentenza

³ Intentei ofrecer unha resposta máis completa no libro: *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, sobre todo nas pp. 233-272.

⁴ O Comité non impide efectuar controis de identidade xenéricos co fin de protexer a seguridade cidadá ou para controlar a inmigración ilegal, senón que tales controis se realicen coas características étnicas como o único indicio da súa posible situación irregular no país, que é precisamente o que sucedeu no caso en exame. A xuízo do Comité, «a responsabilidade do Estado está claramente comprometida (...) O Comité non pode senón concluír que a autora foi individualizada para o dito control de identidade unicamente por razón das súas características raciais e que estas constituíron o elemento determinante para sospeitar dela unha conduta ilegal». O Estado español está obrigado a proporcionarlle á Sra. Williams un recurso efectivo, incluídas as desculpas públicas, ademais de adoptar medidas para evitar que os seus funcionarios incorran no futuro nun caso como este.

considera que se produciu unha violación da prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación co dereito ao respecto dos bens do artigo 1 do protocolo adicional primeiro⁵.

O Tribunal Constitucional español volveu a enrocarse no seu enfoque *race-blind* na recente Sentenza 9/2021, ao declarar, resolvendo un caso semellante (pero non idéntico) ao anterior, que a denegación dunha pensión de viuvez a unha muller casada polo rito xitano non supón discriminación étnico-racial ningunha. Esa muller, Joaquina Cortés, convivira coa súa parella polo menos quince anos e tiñan cinco fillos en común. Non consta inscrición da unión como parella de feito (o cal lle tería dado dereito á pensión de viuvez) e os fillos aparecen inscritos no libro de familia como de pais solteiros. Segundo o Tribunal Constitucional, a unión tradicional xitana non foi recoñecida polo lexislador como unha forma válida para contraer matrimonio con efectos de validez civil, nin tampouco se formalizou a situación de parella de feito, polo que non existe discriminación directa étnica. O tribunal distingue este caso do resolto por el mediante a STC 69/2007 e polo tribunal europeo o 8 de decembro de 2009⁶.

Certamente, a demandante non estaba civilmente casada nin tivo unha situación de parella de feito que lle permitise acceder de forma legal á pensión de viuvez. Por iso, comparto a tese do tribunal de que non se produce aquí unha discriminación directa. A miña discrepancia radica en que a sentenza nega que se produza unha discriminación étnica indirecta ou de impacto. O tribunal segue sen manexar correctamente, na miña opinión, as categorías do dereito antidiscriminatorio. Comeza, no fundamento xurídico quinto, negando a “discriminación por indiferenciación” neste asunto,

⁵ Da sentenza europea comparto máis a decisión que a argumentación, porque o tribunal europeo estima que a denegación da pensión de viuvez é unha diferenza discriminatoria, xa que supón un trato distinto respecto doutras situacións que deben ser tidas como equivalentes no que concirne para os efectos da boa fe matrimonial, como son a existencia de boa fe nos matrimonios nulos (art. 174 LGSS) ou o precedente da Sentenza do Tribunal Constitucional 199/2004, en que o tribunal si entendeu que existía o dereito á pensión de viuvez no caso dun matrimonio celebrado conforme as disposicións legais (polo rito matrimonial católico), pero non inscrito no Rexistro Civil por motivos de conciencia. Aquí está o punto. As autoridades españolas terían tratado a María Luisa Muñoz de maneira distinta a outras situacións comparables á súa de boa fe matrimonial. Segundo o tribunal, a boa fe da demandante respecto da validez do seu matrimonio contraído segundo a tradición xitana próbase no feito de que as autoridades españolas foron recoñecendo en diversos documentos a validez, ou a aparencia de validez polo menos, dese matrimonio: o libro de familia, o título de familia numerosa, a cartilla da Seguridade Social, documentos oficiais todos eles.

En definitiva, e malia as aparencias, o Tribunal de Estrasburgo argumenta en realidade desde a cláusula xeral de igualdade de trato e non desde a prohibición específica de discriminación racial/étnica. Dadas as circunstancias tan peculiares que concurrían no asunto, non lle fai falta ir máis alá para concluír do xeito en que o fai. Nese sentido, a resolución é razoable. Pero a interpretación elixida limita enormemente as posibilidades futuras de aplicación da súa argumentación, como se proba, precisamente, na STC 9/2021 posterior. Ao meu xuízo, o conflito formulaba interesantes posibilidades de interpretación a partir das categorías do dereito antidiscriminatorio. En concreto, á pregunta de se a denegación da pensión tería entrañado unha violación do principio de non discriminación fundada sobre a pertenza a unha minoría étnica, a resposta debe ser inequivocamente afirmativa: trátase, ao meu xuízo, dunha discriminación racial indirecta ou de impacto e dunha discriminación múltiple (etnia e xénero).

⁶ No asunto anterior, a lexislación da Seguridade Social exixía, para acceder á pensión de viuvez, vínculo matrimonial (o cal non acontece neste caso porque unha reforma da dita lexislación, mediante a Lei 40/2007, estendeu no art. 174 LXSS ese dereito ás parellas de feito que, entre outras cousas, formalicen oficialmente a súa relación); ademais, a demandante do primeiro asunto estaba convencida de boa fe da realidade do seu matrimonio xa que diversos documentos oficiais declaraban a súa condición de esposa do falecido (libro de familia numerosa, texto de cotización á Seguridade Social do marido no que constaba como a súa muller). De modo que o tribunal europeo acolleu a queixa da demandante a partir destas condicións, non porque considerase que se tivese producido discriminación étnica ningunha. O tribunal europeo concluíu tamén que o feito de que as unións xitanas non produzan efectos civís nun ordenamento nacional non constitúe unha discriminación prohibida polo Convenio de Roma. Concorro con esta tese, pero non con que o Tribunal Constitucional non apreciase no seu momento unha situación de discriminación indirecta e múltiple.

pero conéctaa á discriminación “directa” cando aquela ten que ver, en realidade, coa discriminación indirecta. Máis tarde, exclúe a concorrencia da discriminación indirecta porque “non se advirte un prexuízo reflexo, mediato ou indirecto, que revele que as disposicións controvertidas produzan efectos desfavorables para os membros da etnia xitana respecto doutros colectivos que, polas razóns que en cada caso concorran (...) opten pola non formalización do seu vínculo”; porque non hai factor étnico en presenza ante unha norma neutra en canto á etnia; e porque non hai datos que permitan acreditar este impacto desfavorable cara á minoría étnica.

De novo, un enfoque *race-blind*, indiferente ao factor étnico. Como non se advirte o prexuízo normativo se a outra muller xitana, con familia numerosa, ademais, con recursos económicos e formativos limitados, se lle priva do acceso a unha pensión de viuvez? Como non tomar nota de que ese prexuízo responde a unha resolución sistemática e non episódica, como o proba que en toda a historia do Tribunal Constitucional só houbo dúas sentenzas de discriminación étnica e as dúas tiveron que ver con este mesmo asunto, que, por certo, tamén foi obxecto de axuízamento polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos? Como non constatar que a falta de datos deriva da inexistencia de estatísticas oficiais e da mesma protección de datos sensibles como os étnicos? De novo estamos en presenza, ao meu xuízo, dun caso de discriminación racial indirecta ou de impacto e, ao mesmo tempo, dunha discriminación múltiple⁷.

En todo caso, retomando o fío da nosa exposición, parece razoable pensar que as insuficiencias e deficiencias do modelo español de loita institucional contra a discriminación racial proveñen, tal e como intentei mostrar coa xurisprudencia do Tribunal Constitucional, dun contexto onde esa forma de discriminación non se percibe, en xeral, como un problema entre nós.

2 A perfunctoria trazabilidade do Consello

O punto de partida inmediato⁸ é o artigo 13 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea (actual art. 19 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea), que

⁷ No seu interesante voto discrepante (aínda que utiliza un enfoque da poboación xitana como unha “minoría nacional”, o cal, ao meu xuízo, enturba máis que aclara o asunto: basta, creo, a causal de discriminación étnico/racial), Xiol Ríos avoga por recoñecer as singularidades culturais da minoría xitana, tamén no ámbito das normas de protección e seguridade social e conclúe que, mesmo sen descartar que tamén neste caso se deba ter valorado a boa fe da demandante, si houbo unha discriminación indirecta. Habería efectos desfavorables para o colectivo xitano e mesmo achega algunhas estatísticas neste sentido (habería un 28% de unións conforme o rito xitano). Exixir á comunidade xitana a formalización da parella de feito para acceder á pensión de viuvez non é neutral, senón que suporía “un prexuízo cuantitativo derivado da imposición dun requisito adicional” ao rito tradicional. Hai que ter en conta a alta taxa de desemprego da comunidade xitana, que fai difícil o cumprimento dos requisitos temporais de cotización para lucrar a pensión de viuvez, de xeito que o sistema vixente supón tamén un prexuízo cualitativo relevante en relación coa poboación xeral”. Tamén observa Xiol que se produce unha discriminación interseccional de xénero e etnia. O rito xitano debería servir como proba da existencia da parella de feito. Evidentemente, o lexislador podería modificar a norma neste sentido. Pero o feito de que a sentenza do tribunal fose desestimatoria non permite augurar este cambio. Por iso a Sala tería, ao meu xuízo, que ter formulado ante o Pleno unha autocuestión de inconstitucionalidade da lexislación da Seguridade Social. A boa noticia será que, probablemente, o asunto chegará a Estrasburgo de novo e o tribunal europeo quizais ademais de amparar a señora Cortés, aprecie a existencia dunha discriminación indirecta e múltiple.

⁸ Son coñecidas as disposicións capitais da Unión Europea en materia de igualdade e non discriminación. (1) O artigo 2 do Tratado da Unión Europea establece que a Unión se fundamenta nos valores de respecto da dignidade humana, liberdade,

permite ao Consello, por unanimidade, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo, adoptar accións axeitadas para loitar contra a discriminación por motivos de sexo, de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual. Amparándose nesta disposición, o Consello da Unión Europea adoptou a Directiva 2000/43/CE, do 29 de xuño de 2000, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica. Pois ben, o artigo 13 desa directiva dispón que cada “Estado membro designará un ou máis organismos responsables da promoción da igualdade de trato entre todas as persoas sen discriminación por motivo da súa orixe racial ou étnica”. Obsérvese que este precepto establece unha obriga para todos os Estados da Unión: utilízase un imperativo, “designará”.

Previsión idéntica contense no artigo 12 da Directiva 2004/113/CE de igualdade de xénero respecto de bens e servizos, no artigo 20 da Directiva 2006/54/CE de igualdade de xénero no emprego e no artigo 11 da Directiva 2010/41/PE e CE de igualdade de xénero en relación co traballo autónomo; así como na proposta de Directiva do Consello, do 2 de xullo de 2008, sobre a aplicación do principio de igualdade de trato entre as persoas independentemente da súa relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual, e na proposta de Directiva de transparencia salarial adoptada pola Comisión Europea o 4 de marzo de 2021. Deste compacto conxunto de disposicións pode deducirse, polo tanto, que a garantía do organismo de igualdade é un elemento permanente ou sistemático do cadro de garantías europeo no ámbito do dereito antidiscriminatorio e que opera respecto dos seis trazos especialmente protexidos polo dereito comunitario⁹ e non só respecto da discriminación racial: ademais desta, xénero, orientación/identidade sexual, relixión/conviccións, idade e discapacidade. En consecuencia, pode xa deducirse que a transposición española vai incorrer nun pecado orixinal: referirse só á discriminación étnico/racial. Con mellor criterio, a configuración dos organismos de igualdade por parte do resto da “maioría dos países europeos”¹⁰ inclúe os seis trazos mencionados e, en moitos casos, tamén outros.

É a Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas fiscais e administrativas e da orde do social, a que traspón ao ordenamento español a Directiva 2000/43/CE e a que concreta no seu artigo 33 a “creación do Consello para a Promoción da Igualdade de Trato e Non Discriminación das Persoas pola Orixe Racial ou Étnica”. Que a transposición se

democracia, igualdade, Estado de dereito e respecto dos dereitos humanos, incluídos os dereitos das persoas pertencentes a minorías. Estes valores son comúns aos Estados membros nunha sociedade caracterizada polo pluralismo, a non discriminación, a tolerancia, a xustiza, a solidariedade e a igualdade entre mulleres e homes. (2) O artigo 8 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea establece que a Unión, en todas as súas accións, se fixará o obxectivo de eliminar as desigualdades entre o home e a muller e promover a súa igualdade. (3) O artigo 21 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea prohibe a discriminación por calquera motivo, xa sexa sexo, raza, orixe étnica, relixión ou crenzas, discapacidade, idade ou orientación sexual. O artigo 23 da Carta consagra o dereito á igualdade entre homes e mulleres en todos os ámbitos, inclusive en materia de emprego, traballo e retribución. O artigo 26 reconece e respecta o dereito das persoas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garantan a súa autonomía, a súa integración social e profesional e a súa participación na vida da comunidade. Ademais, a igualdade de todos os cidadáns ante a lei está consagrada no artigo 20 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea.

⁹ Para unha análise en profundidade, permítaseme a remisión ao texto REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit.

¹⁰ Considerando 17 da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018.

realice no último minuto de prazo e aproveitando a lei orzamentaria era xa toda unha declaración de intencións sobre a nula vontade política de cumprimento da norma europea. O apartado cuarto remite a regulación da composición e funcionamento do Consello a un real decreto de Consello de Ministros “no prazo de tres meses desde a entrada en vigor” da lei.

Inicialmente, o Consello adscíbese, mediante Real decreto 1600/2004, do 2 de xullo, á Dirección Xeral de Integración dos Inmigrantes do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, pero non se desenvolve o seu réxime ata o Real decreto 1262/2007, do 21 de setembro, que pasa a adscribilo á Dirección Xeral contra a Discriminación do Ministerio de Igualdade (art. 1.2).

Así pois, as autoridades do noso país tardaron case sete anos en traspor a normativa europea, converteron en catro anos os tres meses que a Lei 62/2003 dispuxera para regular o Consello e realizaron unha adscrición inicial deste asunto, a loita contra a discriminación étnico/racial, ao campo da inmigración económica masiva tan en auge neses anos. De feito, este foi a orixe do OBERAXE, un órgano que existe e traballa en paralelo ao Consello¹¹. Cinguir a cuestión da discriminación racial á estranxeiría ten algo de sentido porque a xenofobia é unha variedade ou especie do racismo, pero, ao mesmo tempo, é un enfoque incompleto porque non son conceptos totalmente equivalentes na medida en que tamén hai un fenómeno de racismo entre españois (por exemplo, contra os xitanos españois) que, evidentemente, coa primeira configuración institucional, deixábase por completo na penumbra. De novo emerxe aquí a negación, antes aludida, por parte do Estado do problema do racismo como un problema *propio*; parece ser só outro turbio asunto de estranxeiros (xa sexa nos seus respectivos países ou cando conseguen entrar no noso).

En todo caso, mesmo aceptando que o noso debut na regulación da materia non fora precisamente nin rápido nin brillante, alguén podería pensar que iso non tería maior importancia se a regulación que, por fin, o decreto de 2007 establecía fose seria, é dicir, se axustase ao perseguido e ao disposto pola normativa europea. Como calquera lector atento podería imaxinar, isto non foi así, confirmando outra vez a tese aquí mantida da pre-comprensión ideolóxica de negación do racismo no noso país. En efecto, como se indicou, non houbo transposición, senón “*trasposición*”. Vexámolo.

O artigo 13.1 da Directiva de igualdade racial require que os Estados membros designen un ou máis organismos responsables da promoción da igualdade de trato entre todas as persoas sen discriminación por motivo da súa orixe racial ou étnica. Eses organismos poderán formar parte dos servizos responsables a nivel nacional da defensa dos dereitos humanos ou da salvagarda dos dereitos individuais. No seu inciso segundo establece como competencias mínimas dos ditos organismos: prestar asistencia independente ás vítimas de discriminación á hora de tramitar as súas reclamacións por discriminación, realizar estudos independentes sobre a

¹¹ O Observatorio Español do Racismo e a Xenofobia (OBERAXE) tampouco é de ningún xeito independente, senón un órgano administrativo puro e duro. Máis tarde créase o CEDRE cunhas funcións equivalentes, aínda que cunha arquitectura institucional diferente, sen que a unificación e supresión de organismos públicos que se formulase en tempos da crise económica (o famoso Informe CORA) lograrse unificar o OBERAXE e o CEDRE, dun lado, e facelos independentes e conforme o dereito europeo, doutro. En resumo: unha carreira de polos sen cabeza.

discriminación, publicar informes independentes e formular recomendacións sobre calquera cuestión relacionada con esa discriminación. As autoridades da Unión foron concretando, co paso dos anos, o marco institucional que os organismos de igualdade deben ter, pero do artigo 13 xa se deduce, con facilidade, tanto pola alusión á súa posible inclusión dentro doutros órganos estatais de protección dos dereitos como pola propia repetición do adxectivo “independente” en todas e cada unha das tres competencias mínimas que se lle asignan, que os organismos de igualdade deben ser completamente independentes do goberno. Isto, por suposto, supón autonomía administrativa, funcional e orzamentaria.

Un segundo trazo groseiramente evidente que se pode deducir do artigo 13 da directiva é que o organismo de igualdade non é só nin principalmente un órgano de participación, representación, deliberación ou consulta das administracións, senón, por riba de todo, un órgano executivo e de xestión porque, doutro xeito, sería incapaz de cumprir coas funcións que se lle asignan. É un órgano, na súa configuración europea, máis de “facer” que de “falar”.

Pois ben, a regulación que do Consello primeiro fai o artigo 33 da Lei 62/2003 e máis tarde o Decreto 1262/2007 que o desenvolve incumpre radicalmente os dous principios fundamentais. Dun lado, non é independente, senón que está adscrito (aínda que non sexa de modo xerárquico) a un ministerio e non se lle recoñece ningún tipo de autonomía. É significativo que o artigo 33.2 da Lei 62/2003, ao establecer as competencias (asistencia a vítimas, realización de estudos, informes e recomendacións), omita por completo o adxectivo “independente”, que si figura, como se dixo, no artigo 13 da Directiva europea¹².

Doutro lado, configúrase o Consello como un órgano colexiado¹³ de representación das “administracións, estatal, autonómicas e locais, así como das organizacións empresariais e sindicais máis representativas e doutras organizacións que representen intereses relacionados coa orixe racial ou étnica das persoas” (art. 1.1 Decreto 1262/2007¹⁴).

A disimilitude entre o organismo ao que se refire a normativa europea e o organismo efectivamente creado en España é de tal calibre que unha reforma do artigo 1.1 do Decreto 1262/2007 efectuada en 2014 vese na tesitura de ter que afirmar expresamente algo que, en principio, debería ser tan obvio como para evitar o truísmo: “Ademais (o Consello), ten a consideración de Organismo de Igualdade, para os efectos do disposto no artigo 13 da Directiva 2000/43/CE do Consello, do 29 de xuño de 2000, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica”. É verdadeiramente sorprendente que

¹² A regulación do Decreto 1262/2007 (art. 3) si o inclúe, aínda que, obviamente, non sexa verdade.

¹³ Un órgano colexiado dos previstos polo apartado 2 do artigo 22 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

¹⁴ O Consello componse (art. 4 Decreto 1262/2007) de presidencia, secretaría, dúas vicepresidencias (unha das entidades empresariais, sindicais ou do terceiro sector e outra o director/a xeral contra a discriminación), seis vogais representando a Administración xeral do Estado (directores xerais de Xustiza, Interior, Educación, Traballo e Inmigración, Sanidade e Política Social e Vivenda), catro vogais en representación das comunidades e cidades autónomas, tres vogais da Administración local, dous das organizacións empresariais e dous das sindicais máis representativas, dez vogais de entidades do terceiro sector especializadas. Unha asemblea de 31 persoas.

as autoridades españolas responsables puidesen evitar en todos estes anos a evidente e máis que merecida sanción por incumprimento da transposición¹⁵.

En realidade, só hai un motivo relevante que explica que isto non acontecese, e é a creación en 2010, no seo do Consello, do Servizo de Asistencia e Orientación a Vítimas de Discriminación Racial ou Étnica, que é quen veu desempeñando desde entón, por certo, de modo altamente eficaz, a función de asistencia a vítimas¹⁶. Foi no seu momento unha solución enxeñosa, pero hai que observar que, finalmente, son as entidades do terceiro sector que compoñen esta rede¹⁷ a través de 87 oficinas de atención ao público, un teléfono gratuito (900203041), o WhatsApp número 628860507 e a propia páxina web (<https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>), e non o Consello, as que realizan tal función e, por certo, dependendo por completo non do Consello, senón do Ministerio de Igualdade, co que contrata periodicamente este servizo¹⁸. De xeito que o Consello podería non existir (como, de feito, ocorreu, sobre todo en diversos períodos), pero o servizo si seguiría asistindo as vítimas. Pódese dicir que o dereito europeo non motivou suficientemente a creación dun consello ao seu estilo, pero, polo menos, permitiu fundar un servizo novo de atención ás vítimas de discriminación racial. Non obstante, algún dos límites observados do seu funcionamento son, segundo SEBASTIANI¹⁹, a falta de coñecemento por parte das potenciais vítimas; a escasa difusión; a escaseza de recursos e de persoal; a imposibilidade de pór sancións (algo, por outra parte, lóxico tratándose de entidades da sociedade civil e non dunha institución pública) e non dispor de lexitimación para litigar en nome (nin tampouco, como cabe supor, á marxe) das vítimas, aínda que no último contrato, de marzo de 2021, se prevé a posibilidade de dedicar recursos para sufragar os gastos dalgúns casos (relevantes) de litigación estratéxica. Algunhas entidades, como a Fundación Secretariado Gitano, xa o viñeran facendo con cargo aos seus propios fondos.

As memorias do servizo, moi coidadas e completas, amosan o labor realizado cada ano²⁰. A última, que abrangue do 1 de xaneiro ao 12 de outubro de 2019, revela

¹⁵ Chegados a este punto, debo confesar que fun presidente deste Consello desde o 4 de xuño de 2013 ao 15 de setembro de 2015 (en realidade, renunciei moito antes). Tras o brillante paso de José Manuel Fresno como primeiro director (promoveu algúns informes sobre a percepción da discriminación realmente interesantes e puxo en marcha a Rede de Asistencia a Vítimas), sucedino coa esperanza de poder converter este Consello no órgano debuxado pola normativa europea. Fracasei por completo e por iso renunciei: non quixen participar en tan grave estafa do dereito comunitario. Os membros técnicos da Dirección contra a Discriminación tamén fixeron todo o posible para mellorar o estado de cousas, en particular o subdirector naquel momento Ignacio Sola Barleycorn, pero os secretarios de Estado e a ministra bloquearon calquera intento de reforma. Nin coñecían do asunto, nin lles preocupaba o máis mínimo. De 2014 a 2019 o CEDRE careceu de presidente.

¹⁶ Entre 2013 e 2019, o servizo atendeu 4.022 vítimas e realizou 1.777 accións de información e sensibilización.

¹⁷ Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM); Asociación Rumiñahui Hispano Ecuatoriana; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR); Fundación CEPAIM; Cruz Vermella Española; Movemento contra a Intolerancia; Movemento pola Paz, o Desarme e a Liberdade; Rede Acolle e a Fundación Secretariado Gitano, que é a que asumiu a coordinación desde o principio. Unión Romaní forma parte do Consello como vogal, pero non do servizo.

¹⁸ O BOE do 1 de abril de 2020 publica o anuncio da formalización do contrato que vén suceder aos anteriores para dous anos, por valor de 839.268 euros. O licitador principal é a Fundación Secretariado Gitano e o resto de entidades figuran como subcontratadas.

¹⁹ SEBASTIANI, L., "Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: O marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico", cit., pp. 21 e ss.

²⁰ Disponibles na páxina web do Servizo: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>.

datos moi interesantes²¹. Tras a denuncia da posible conduta discriminatoria, investíase o asunto (contactando co axente discriminador; con probas estatísticas ou *testing*; documentalmente ou con testemuñas) e, se se deduce que hai indicios claros de discriminación racial, o servizo negocia co axente discriminador, ou media, ou axúdalle á vítima a presentar unha queixa ante o organismo público axeitado (por exemplo, as oficinas de consumidores e usuarios se a conduta se produciu no ámbito da prestación de servizos), a miúdo ante o Defensor do Pobo, ou, tamén a presentar unha reclamación e mesmo a denunciar o caso ante a Fiscalía, a policía ou a autoridade xudicial. A todo isto, únese a nova posibilidade para o servizo de presentar, con cargo á prestación contractual e sempre coa autorización da vítima, algúns litixios estratéxicos (é dicir, asuntos de relevancia social e, se se ten éxito, con capacidade para influír sobre posibles cambios normativos, xudiciais ou de políticas públicas).

Así como o Servizo de Asistencia a Vítimas veu cumprindo, aínda que con límites, a función de asistencia a vítimas que exige o marco europeo, o CEDRE é, non obstante, un órgano sen persoal adscrito, sen orzamento²², sen proxecto nin estrutura, sen visibilidade nin impacto ningún e sen apenas actividade. Basta ver a información da súa páxina web (www.igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es). Entre as “novidades”²³, figuran: unha recomendación de 2019 para “Evitar o uso de discursos discriminatorios, racistas ou xenófobos nas campañas electorais” e outra do 14 de abril de 2020 para “Evitar actitudes e discursos discriminatorios no actual contexto de crise sanitaria COVID-19” (dúas recomendacións en seis anos); e, da actual lexislatura, o primeiro Pleno do Consello (21 de maio de 2020), o nomeamento do actual presidente o 13 de outubro de 2020 e a celebración dun segundo Pleno o 26 de outubro de 2020 (dos que, por certo, non se traslada información ningunha). Na parte dedicada ao servizo hai algúns outros informes e documentos, entre eles un interesante sobre a percepción da discriminación por orixe racial ou étnica por parte das súas potenciais vítimas en 2020²⁴, pero pouco máis. En calquera caso, lonxe do estándar europeo nesta materia.

O quinto informe de seguimento do noso país da Comisión Europea contra o racismo e a intolerancia do Consello de Europa (en adiante, ECRI) literalmente afirma²⁵: “España carece dun organismo independente de promoción da igualdade capaz de introducir un cambio social real e de lograr unha maior igualdade”. O informe móstrase especialmente duro coa configuración en España dese organismo e recomenda

²¹ Acceso web: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org> (20 de abril de 2021). Nese período atendéronse 588 casos, 378 individuais e 210 colectivos. Perfil maioritario das vítimas: menores de 45 anos (72%), mulleres (59%), xitanos (41%; 24% latinos e 14% magrebís), a discriminación produciuse na esfera privada (62%).

²² A disposición adicional terceira do Real decreto 1262/2007 prevé que o Ministerio de Igualdade “proverá os fondos necesarios” para o desempeño das funcións e o desenvolvemento das actividades do Consello, pero o “funcionamento do Consello non suporá aumento do gasto público”; como máximo, compensacións (que non remuneracións) aos membros do Consello polo exercicio das súas funcións “no caso de que as reunións se celebren en localidade distinta á do lugar de residencia” (disposición adicional cuarta). É dicir, o único que se paga son os gastos de viaxe ou desprazamento das reunións que se celebren (que non adoitan ser máis de dúas ao ano).

²³ Consultadas o 17 de abril de 2021.

²⁴ Segue a serie de informes sobre este mesmo tema de 2010, 2011 e 2013.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación da Comisión 2018/951*, do 22 de xuño de 2018, p. 19.

que se cree “urxentemente”. De feito, de todo o informe coas súas numerosas recomendacións ás autoridades españolas, a ECRI anuncia dúas de seguimento especial: a segregación educativa de alumnos migrantes e xitanos (que segue sendo unha verdade tan real e estendida como incómoda do noso país, respecto da que o CEDRE non se pronunciou) e a creación do organismo de igualdade (dando por feito que o CEDRE non opera como tal en realidade).

3 A primeira fase de configuración europea do organismo de igualdade (2000-2018)

En realidade, o deseño europeo dos organismos de igualdade non xorde do baleiro, senón da tradición norteamericana en materia de loita contra a discriminación (en orixe, de tipo racial), que foi imitado axiña polo Reino Unido e Irlanda. O dereito antidiscriminatorio cos seus perfís contemporáneos ten un inequívoco aroma anglosaxón. A partir desta particular tradición, xeneralizouse na Unión Europea, sobre todo co “paquete” de directivas de igualdade do ano 2000 e desde aí importouse ao noso país. É dicir, a deficiente transposición española non só provén do problema ideolóxico da negación do racismo como problema social entre nós, senón do feito de que o dereito antidiscriminatorio en xeral e o racial en particular foron ata hai pouco descoñecidos pola nosa cultura xurídica. Por suposto, si é coñecido o principio xeral de igualdade do artigo 14.a CE, pero menos o dereito a non sufrir discriminación por certos factores exclusóxenos do artigo 14.b CE. E, dentro deste, si coñeceu un notable desenvolvemento teórico e xudicial o dereito a non sufrir discriminación por razón de xénero ou por pertencer a unha minoría sexual, pero moito menos (e, como vimos, de modo moi discutible) os demais trazos a que se refire o artigo 14.b CE. Os operadores xurídicos (e non falemos xa dos actores políticos) seguen sen manexar con soltura e consenso os conceptos máis básicos do dereito antidiscriminatorio (discriminación de trato, de impacto, por asociación, interseccional, acoso discriminatorio, discurso discriminatorio, accións afirmativas, positiva, cotas, etc.).

O modelo europeo de organismos de igualdade establece todo un cadro de garantías contra as discriminacións. Ademais da que estamos a examinar, de carácter institucional, a maioría son de vestimenta procesual: lexitimación procesual de asociacións, inversión de carga da proba, protección fronte a posibles represalias ou a existencia de sancións axeitadas²⁶. O organismo de igualdade previsto responde, como se indicou, ao modelo norteamericano a partir da creación o 6 de marzo de 1961, na Executive Order 10925 do presidente J.F. Kennedy do Committee on Equal Employment Opportunity, máis tarde convertido na actual Equal Employment Opportunity Commission. Velaquí unha garantía potencialmente moi poderosa. Todos os países europeos crearon este organismo, de distintas maneiras e con maior ou menor fortaleza institucional. Analizarei algúns informes que avalían a súa organización e funcionamento.

²⁶ Un exame detallado en REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit., sobre todo pp. 124-129.

O primeiro documento a ter en conta á hora de configurar en calquera ordenamento nacional o organismo de igualdade segundo o marco europeo é a Recomendación n. 2 de política xeral da Comisión do Consello de Europa contra o Racismo e a Intolerancia (ECRI), do 13 de xuño de 1997 (anterior, polo tanto, incluso á Directiva á cal inspirou²⁷) titulada “Os órganos especializados na loita contra o racismo, a xenofobia, o antisemitismo e a intolerancia a nivel nacional”. Neste documento, fundamentalmente, recoméndase:

A) Crear, na Constitución ou nunha lei, un órgano especializado na loita contra o racismo, a xenofobia, o antisemitismo e a intolerancia.

B) As súas funcións deberan ser: fomentar a eliminación das diferentes formas de discriminación e fomentar a igualdade de oportunidades e as boas relacións entre os membros de todos os diferentes grupos que compoñen a sociedade; facer un seguimento do contido e os efectos da lexislación e os actos administrativos da súa competencia e elaborar propostas co obxecto de modificar a lexislación; prestar asesoramento aos poderes lexislativo e executivo para mellorar a regulamentación; prestar asistencia ás vítimas, incluída a asistencia xurídica, de cara a defender os seus dereitos ante institucións e tribunais; litigar, se procede, acudindo aos tribunais cando se considere necesario; atender queixas e peticións sobre casos excepcionais e adoptar decisións xuridicamente vinculantes ou resolver mediante conciliación amigable; estar debidamente habilitada para recompilar probas e informacións no desempeño das súas funcións; facilitar información e asesoramento ás institucións e organismos interesados; emitir ditames sobre as normas de práctica antidiscriminatoria en ámbitos específicos, que poden ser coercitivas ou de aplicación voluntaria; fomentar e reforzar os programas de formación de grupos específicos, sen menoscabar a función primordial en materia de formación que corresponde ás organizacións interesadas; fomentar a sensibilización do público en xeral sobre as cuestións relativas á discriminación e elaborar e publicar informacións e documentos pertinentes; apoiar e fomentar as actividades das organizacións con obxectivos similares aos das organizacións especializadas; e considerar, se procede, atender as preocupacións destas organizacións.

C) A composición do organismo especializado debería reflectir a sociedade no seu conxunto e as súas diferenzas.

D) Debería funcionar sen interferencia do Estado, con plena independencia política e con todas as garantías necesarias para a súa independencia, en particular a liberdade de elixir o seu propio persoal (que tería que estar protexido fronte a destitucións ou non renovacións arbitrarias), administrar os seus recursos como estime oportuno e expresar publicamente as súas opinións. Debe dispor de fondos suficientes e o seu financiamento debería someterse á aprobación anual do Parlamento. Tería que presentar informes das súas accións sobre a base duns obxectivos claros e avaliáveis para o seu debate no Parlamento.

²⁷ E de modo máis xeral e anterior mesmo a esta recomendación da ECRI áchanse os “Principios de París” da Comisión de Dereitos Humanos das Nacións Unidas, adoptados pola Asemblea Xeral en decembro de 1993, recomendando aos Estados que establezan comités de dereitos humanos independentes que poidan desempeñar o papel de implementar e supervisar dereitos humanos universais no país respectivo.

E) O organismo debe ser accesible para as persoas cuxos dereitos deben ser defendidos por el. Deben establecer axencias locais para facilitar o acceso e aumentar a eficacia das súas funcións educativas e de formación.

F) O organismo especializado debería esforzarse para que as súas investigacións e ditames sexan da máxima calidade, de xeito que aumente a súa credibilidade ante as autoridades nacionais e ante as comunidades cuxos dereitos defende e reforza.

O organismo de promoción da igualdade previsto polo dereito da Unión Europea e o organismo especializado da ECRI inspíranse, evidentemente, no mesmo modelo. Case todos os Estados crearon xa desde hai moito tempo os seus organismos de igualdade, aínda que de modos moi diversos e con diferente grao de entusiasmo. O informe de HOLMAAT²⁸ mostraba xa axiña en 2006 que algúns se dedicaban só ao dereito antidiscriminatorio pero outros a todos os dereitos humanos en xeral; que nalgúns países hai un só organismo e noutros máis dun; que algúns (aínda que poucos, só catro, entre eles España) se refiren só á discriminación racial/étnica; que os fondos económicos de que dispoñen varían moito duns a outros e en certos casos carecen de autonomía orzamentaria; que o número de persoas que traballan neles tamén é destacablemente desigual (de 3 empregados a 168); que moitos organismos non son transparentes en canto á súa organización e funcionamento; que as tres funcións que lles asignan as directivas distan de estar claras e mesmo varios organismos non cumpren o mandato de asistir as vítimas de discriminación, aínda que dous terzos de todos eles teñen algunha potestade para investigar e resolver queixas; algúns organismos chegan a funcionar case como organismos “cuasi-xudiciais”, pero a maioría non.

A principal conclusión do informe sobre a situación dos organismos de igualdade en Europa é que, malia que a data máxima de transposición da Directiva de igualdade racial rematou o 19 de xullo de 2003, non existía daquela consenso sobre o significado e alcance do fundamental artigo 13 da directiva. As palabras “asistencia”, “investigacións” e “informes” non foran definidas nesta primeira fase de implantación dos organismos para a igualdade e non estaba claro que significaba exactamente “independente”, nin os criterios para avaliar a efectividade da institución. Non todos os organismos dos Estados levaban a cabo sequera as tres funcións da directiva, o cal supuña un flagrante incumprimento desta. Pola contra, bastantes organismos de igualdade asumían outras funcións diferentes (aínda que próximas) desas tres²⁹.

Moitas conclusións e recomendacións deste informe de 2006 foron confirmadas polo informe elaborado por NIALL CROWLEY en 2018 para ECRI e a Comisión Europea

²⁸ HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directiva 2000/43/EC- existence, Independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección Xeral de Emprego, Asuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, (Unidade G 2), Bruxelas, marzo de 2006, pp. 25 e ss.

²⁹ En calquera caso, o informe constata que en Europa había dous modelos estratéxicos diferentes. Dun lado, organismos de igualdade que se concentran case exclusivamente na tarefa da asistencia ás vítimas; pódense cualificar como de “rol reactivo” (ou defensivo). Doutro lado, hai organismos que resaltan sobre todo o seu “rol proactivo” (por exemplo, intentando previr as discriminacións futuras), e priorizar as súas actividades no campo da realización de investigacións e a emisión de recomendacións (por exemplo, deseñando códigos de boas prácticas e xogando un papel na supervisión da implementación de accións positivas). Ambas as dúas funcións, reactiva e proactiva, son mencionadas pola directiva.

titulado *Equality bodies making a difference*³⁰. CROWLEY analiza 43 organismos de igualdade europeos (entre eles o español) e conclúe³¹ que o “contexto político evidente” para oito deles é de “hostilidade política” (Bélxica, Croacia, Chipre, Italia, Polonia, Romanía, Suecia e Reino Unido), mentres que, para doce, entre eles España, o contexto é de “desinterese político”: Austria, Bélxica, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, Lituania, Eslovaquia e Eslovenia. Esta “indiferenza política” provoca que os organismos de igualdade “estean infrafinanciados e sen tracción política para exercer as súas competencias, incapaces de ser *game-changers*”³². Pola contra, habería un “contexto de apoio político evidente” en sete países: Francia, Alemaña, Irlanda, Islandia, Letonia, Holanda e Portugal.

O informe de CROWLEY examina a enorme diversidade de configuración dos organismos de igualdade en Europa e compáraa cos estándares actuais ideais en relación cos documentos antes examinados, da Comisión Europea, a ECRI e os Principios de París. Un primeiro punto interesante, de enormes diverxencias, é o obxecto de protección por parte dos organismos. Recordemos que, no caso español, o CEDRE se ocupa só da discriminación racial. Non obstante, a norma en Europa é que os organismos de igualdade se ocupen de todos ou da maioría de trazos de discriminación protexidos polo dereito europeo: raza/etnia, xénero, orientación e identidade sexuais, relixión e conviccións, discapacidade e idade, e mesmo doutros criterios non inicialmente previstos que puidesen ir xurdindo. Un debate particular, que chegou a ser acalorado en Bélxica, Croacia, Finlandia e Islandia, é o de protexer a igualdade de xénero cun organismo de igualdade diferente ao xeral, dado, entre outras cousas, que as mulleres non son unha minoría social, senón o contrario, a maioría³³. Na futura reforma da nosa lexislación de igualdade isto é algo a ter en conta, caso no que habería que configurar doutro xeito o Instituto da Muller.

Os catro estándares ideais dos organismos de igualdade son a independencia, a efectividade, a accesibilidade e o seu impacto. O exame da independencia pasa pola revisión do seu estatuto xurídico, os modos de elección dos seus directivos, as formas de responsabilidade e a práctica operativa. En canto ao estatuto xurídico, CROWLEY observa que 31 dos 43 organismos examinados teñen personalidade xurídica propia, o que considera a mellor práctica. Dez forman parte dalgún ministerio, como acontece no caso español, e dous, de entidades do terceiro sector directamente. Respecto do xeito de elección, 20 dos 43 son elixidos polo goberno respectivo e só 13 polo parlamento, o que é considerado a mellor práctica, pero sería aínda mellor se se fixese a través dun procedemento visible, competitivo e transparente. Trece organismos responden ante o parlamento, sobre todo a través dun informe anual, o que se considera a mellor práctica, e 18 ante o goberno. En España, ante ninguén.

A efectividade pasa por contar con recursos, competencias, plans estratéxicos e redes estables de socios significativos. O informe constata que “poucos organismos

³⁰ CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, ECRI / Comisión Europea, Bruxelas, agosto de 2018.

³¹ *Ibidem*, p. 7.

³² *Ibidem*, p. 7.

³³ *Ibidem*, p. 8.

de igualdade teñen un nivel de financiamento axeitado” para ter un impacto real” e esta é “a barreira máis significativa para a súa efectividade”³⁴. En relación coas competencias, dezanove organismos (entre eles, o noso) non poden adoptar decisións vinculantes nin impor sancións, nin sequera acompañar as vítimas de discriminación ante os tribunais. Esta é, evidentemente, unha deficiente configuración da institución. Só dez organismos contan con plans estratéxicos e se someten a avaliación. Como nota positiva, non obstante, sinálase que dez organismos son competentes para apoiar a posta en marcha de accións positivas no país respectivo. Por outro lado, as redes de socios dos organismos son variadas, pero a maioría informais.

Un punto central da accesibilidade é a existencia de oficinas rexionais e locais, que é algo que só dez países o teñen. E, por último, o impacto, que é individual (a vítima da discriminación), pero tamén político (recomendacións do organismo finalmente aceptadas polos actores políticos) e social (información, orientación, sensibilización e formación en materias de igualdade). Pois ben, o impacto real dos organismos de igualdade é difícil de medir pola carencia de datos e porque nin sequera os propios organismos de igualdade se someten, polo xeral, a avaliación.

As funcións asignadas pola lexislación europea son de dous tipos: a principal, sen dúbida, é a asistencia ás vítimas de discriminación, pero, xunto a ela, atópase tamén a de conducir investigacións independentes sobre a discriminación e de emitir recomendacións e informes. Como se indicou, cada país pode engadir outro tipo de competencias, sobre todo de tipo proactivo en materia de igualdade.

A experiencia mostra que moi poucas persoas que se sentiron vítimas dunha discriminación presentan demandas por si soas, presumiblemente porque a acción xudicial é incomprendible para elas, estresante, dilatada no tempo e sen claras expectativas de éxito. En Europa hai dous modelos de asistencia, un que considera que debe incluír a investigación e resolución de queixas ou reclamacións (outorgándolle ao organismo un status cuasi-xudicial con capacidade de ditar resolucións vinculantes ou non), e outro que non o fai, limitándose a prover información á vítima sobre as normas e os seus dereitos, derivalo á organización que si poida axudarlle na presentación dunha demanda xudicial, ou a asistila directamente en casos de litigación estratéxica, ou axudando á vítima e ao presunto agresor da súa igualdade a acadar un acordo amigable (mediación).

A mellor práctica é outorgarlles aos organismos de igualdade a potestade de oír e investigar reclamacións de discriminación, o cal sucede na maioría de países (concretamente, en dous de cada tres). O alcance da potestade investigadora varía duns países a outros, desde vagas provisións (como en Italia) a situacións en que o organismo ten unha posición semellante á dun fiscal ou un xuíz de instrución (como en Francia). Nalgúns casos, ten a potestade de sancionar os que se neguen a proporcionar a información solicitada (como en Hungría).

³⁴ *Ibidem*, p. 11.

4 A segunda fase (2018-) e o seu contraste coa Proposición de Lei integral

En definitiva, o contexto europeo é moi variado porque as directivas “confiren aos Estados membros unha ampla marxe de discreción no relativo á estrutura e funcionamento dos organismos de igualdade”³⁵ e está claro que aínda non se explorou de forma homoxénea todo o seu potencial de impacto. A variedade non exclúe, non obstante, que do dereito europeo se poidan extraer algúns principios fundamentais e inescusables en relación coa reforma do organismo de igualdade español, e da experiencia comparada, un elenco de boas prácticas a ter en conta. Ademais da Recomendación da ECRI de 1997, xa descrita, para identificar tales principios, cómpre ter en conta dous textos. Por un lado, a Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018, sobre os estándares comúns para os organismos de igualdade en Europa, inspirada, por certo, no informe de CROWLEY analizado, e, por outro lado, o informe da Comisión que avalía a aplicación da Recomendación antes mencionada, do 19 de marzo de 2021. A recomendación abre, ao meu xuízo, unha segunda fase, máis madura, segura, concreta, precisa e potente do modelo de implantación estatal en Europa dos organismos para a igualdade.

4.1 A Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018

Comeza constatando que “todos os Estados membros estableceron organismos para a igualdade” (considerando 10) e é a eles a quen se lles aplica a recomendación, que, evidentemente, non ten eficacia vinculante, pero si para interpretar cabalmente como debe configurarse nas ordes internas o organismo de igualdade que se impón por parte da Unión. A recomendación tamén parte do feito da diversidade de configuración dos organismos en Europa, o cal é lóxico dada a ampla marxe de liberdade que conceden as directivas, pero observa algúns perigos derivados diso: insatisfacción dos cidadáns á hora de acceder á protección contra as discriminacións (cdo. 18); proteccións desiguais duns Estados a outros (cdo. 18); nos países que crearon máis dun organismo de igualdade, a inexistencia de mecanismos claros para a súa coordinación e cooperación (cdo. 19); aumento de competencia sobre diversos ámbitos sen un simétrico aumento de recursos para iso e mesmo redución orzamentaria que debilita a capacidade para levar a cabo as tarefas (cdo. 20); hai organismos sen independencia por presións exteriores, niveis de persoal inadecuados (cdo. 21); adscrición a un ministerio que obedece instrucións do Goberno (cdo. 21); concentración de enerxías de forma desproporcionada nalgunhas tarefas en detrimento doutras (cdo. 23); invisibilidade entre o público xeral, dificultade de acceso físico e en liña das vítimas, confidencialidade non sempre asegurada e carencia de procedementos simples e gratuítos (cdo. 24). Aínda que a recomendación non pon exemplos de

³⁵ Considerando 18 da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018.

países concretos, é evidente que o español reúne todos os defectos mencionados e mais outros.

Neste contexto, a recomendación pretende “cubrir a brecha normativa entre os organismos para a igualdade en toda Europa” (cdo. 28) co fin de “mellorar (a súa) independencia e eficacia (...) especialmente no que respecta á súa capacidade de garantir que os individuos e grupos que sofren discriminación poidan gozar plenamente dos seus dereitos” (capítulo I, 1). Todos os Estados membros, recorda ese mesmo capítulo I no seu inciso 2, “deben garantir que os organismos para a igualdade poden desempeñar as súas funcións, como dispoñen as directivas (antes mencionadas), con independencia e eficacia”.

¿Cales son as “medidas recomendadas”? O texto distingue diversos ámbitos:

A) Mandato dos organismos de igualdade:

1) O organismo para a igualdade estatal debe abranguer a discriminación dos seis trazos antes aludidos (etnia/raza, xénero, orientación sexual, relixión/conviccións, idade e discapacidade).

2) A súa competencia debe abranguer, en todo caso, os ámbitos do emprego e a ocupación, o acceso a bens e servizos e a súa subministración, a educación, a protección social e os beneficios sociais. A recomendación engade outro ámbito que encontro especialmente interesante e indicado para o ordenamento español: os delitos de odio³⁶ en relación coas áreas sociais aludidas (cap. II, 1.1.1.2), aínda que, ao meu xuízo, aquí se establece unha obriga de contido mínimo e non máximo, de modo que o futuro organismo español de igualdade podería coñecer non só do discurso de odio máis grave, con relevancia penal (e, por iso, reservado á xurisdición penal, aínda que o organismo de igualdade podería ter competencias para denunciar, acompañar procesualmente a vítima, etc.), senón de todo discurso de odio discriminatorio, mesmo o menos grave (precisamente, o menos controlado na actualidade) e en todos os ámbitos e non só nos mencionados na recomendación (por exemplo, tamén na actividade política). Hai anos que veño avogando por que o organismo de igualdade teña capacidade para sancionar administrativamente con multas as infraccións tipificadas que lesionen con certa entidade a prohibición constitucional de discriminación, ao modo da Axencia de Protección de Datos³⁷. Non alcanzo a entender por que conducir a máis quilómetros dos permitidos por unha vía solitaria merece unha multa e unha serie de comentarios racistas amplamente difundidos proferidos por un candidato a alcalde (que é, en realidade, un claro caso de acoso discriminatorio, é dicir, unha especie de discriminación directa), por exemplo, non. Por suposto, o sancionado tería aberta despois a vía da protección xudicial correspondente³⁸.

3) En canto á fundamental función de “asistencia ás vítimas”, esta comprende, como mínimo: recibir e tramitar denuncias individuais ou colectivas, proporcionar

³⁶ A recomendación refírese á “incitación ao odio” e non considerando 16 fala de “delitos de odio e incitación ao odio”.

³⁷ Por exemplo, en REY MARTÍNEZ, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Álvarez Vélez, M.^a I. e Carlos Vidal Prado, C. (coords.), *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 307-322.

³⁸ O capítulo II, 1.1.2.6) estipula que esta posibilidade de defensa xudicial do afectado contra as sancións dos organismos de igualdade debe asegurarse en todo caso e de forma expresa.

asesoramento xurídico ás vítimas, tamén á hora de tramitar as súas denuncias, participar en actividades de mediación e de conciliación, representar os denunciante ante os tribunais e actuar en calidade de *amicus curiae* ou de experto onde fose necesario (cap. II, 1.1.2.1). O inciso segundo deste mesmo artigo anima os Estados a “considerar a opción de ofrecer aos organismos para a igualdade a posibilidade de participar ou asistir en accións xudiciais, co fin de facer fronte á discriminación estrutural e sistemática nos casos seleccionados polos propios organismos debido á súa abundancia, á súa gravidade ou á súa necesidade de clarificación desde o punto de vista xurídico”. Tales accións “poderían ter lugar ben en nome do propio organismo ou en nome das vítimas ou organizacións que as representan, de conformidade co dereito procesual nacional”. Así pois, nos casos máis resistentes de discriminación “estrutural e sistemática”³⁹, o ideal de organismo que propón a recomendación é excelente: propón nada menos que “obxectivar” a protección contra tales discriminacións, máis alá da defensa subxectiva que se lles ofrece ás vítimas, apoiando a estas ou impugnando con lexitimación procesual activa as discriminacións estruturais en sede xudicial. Un magnífico exemplo disto, se as autoridades españolas creasen o organismo de igualdade tal e como o exige a Unión Europea, podería ser a impugnación xudicial directa por parte do dito organismo de, por exemplo, a existencia de centros educativos cunha alta densidade de minorías étnicas, unha clara manifestación, ao meu xuízo, de discriminación racial indirecta no eido educativo. O Informe de avaliación da Recomendación de 2021 que se examina máis abaixo propón como exemplo a impugnación das discriminacións que se produzan como consecuencia da intelixencia artificial ou os casos de discurso discriminatorio contra grupos de persoas (páxina 8).

A configuración realmente potente da función de asistencia ás vítimas que se contén na recomendación non se detén aí. Tamén lles suxire aos Estados que o organismo de igualdade poida formular recomendacións e, mesmo se se autoriza, “decisións xuridicamente vinculantes en casos individuais ou colectivos de discriminación”, casos en que deberían dispor tamén “da capacidade de impor sancións axeitadas, eficaces e proporcionadas” (cap. II, 1.1.2.5), así como a recompilación de probas e información (cap. II, 1.1.2.4) e de seguimento para garantir a súa aplicación (cap. II, 1.1.2.3).

4) Sobre o resto de funcións, a recomendación pronúnciase nos seguintes termos: (a) Elaboración de estudos independentes: deben ser elaborados con “regularidade” e con “cantidade suficiente de datos fiables” que posibilite extraer conclusións sobre eles (cap. II, 1.1.2.7). (b) Informes independentes: deben ser “de alta calidade” e periódicos e débense presentar ás “institucións públicas, incluídos os parlamentos e os gobernos nacionais ou rexionais pertinentes”. O seu alcance debe ser “o suficientemente amplo para facer posible unha avaliación global da situación de discriminación no Estado membro en relación con cada un dos motivos contemplados” (cap. II, 1.1.2.8). Os ditos informes deben conter (como mínimo): número de denuncias por cada motivo de discriminación; duración dos procedementos administrativos desde a

³⁹ Unha definición dos dous termos en REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit., pp. 108-110.

presentación da denuncia ata o arquivo do caso; resultado dos procedementos administrativos; e número, duración e resultado de casos xudiciais en que haxa presenza do organismo para a igualdade (cap. II, 1.1.2.9). (c) Recomendacións dos organismos para a igualdade: os Estados membros deben garantir que as súas autoridades tiveron en conta, na medida do posible, as recomendacións de tales organismos en materia de lexislación, políticas, procedementos, programas e prácticas. As autoridades deben informar os organismos sobre a forma en que esas recomendacións se tiveron en conta e facer pública esa información (cap. II, 1.1.2.10). (d) Fomento da igualdade: os organismos deben previr a discriminación ofrecendo formación, información, asesoramento, orientación e apoio ás institucións e individuos afectados, e dando a coñecer ao público tanto a existencia do organismo como o contido das normas contra a discriminación e como obter unha reparación. Tamén deben participar os organismos no debate público, manter un diálogo regular coas autoridades, comunicarse cos grupos discriminados e as partes implicadas, así como promover boas prácticas e accións positivas (cap. II, 1.1.2.11 e 12).

B) Independencia e eficacia:

1) A independencia exige considerar: (a) organización, (b) posición na estrutura administrativa global, (c) asignación de orzamento, (d) procedementos para a tramitación dos recursos (cap. II, 1.2.1.1).

2) Os recursos humanos (suficientes e cualificados), técnicos e financeiros, os locais e as infraestruturas deben ser os necesarios para desenvolver as súas funcións con eficacia nun tempo razoable (cap. II, 1.2.2.1).

3) En canto á presentación de denuncias, acceso e accesibilidade (cap. II, 1.2.3), os Estados deben garantir a posibilidade de presentar denuncias ante os organismos para a igualdade de forma oral, escrita e en liña, na lingua de elección do demandante; o procedemento debe ser sinxelo e gratuíto; débeseles garantir a confidencialidade aos denunciante, ás testemuñas e informantes; todas as persoas, e en particular as que teñan algunha discapacidade, deben poder acceder doadamente ás instalacións físicas e dixitais do organismo; é desexable unha presenza do organismo en todo o territorio; os organismos deben poder realizar campañas de sensibilización efectivas para informar o público da súa existencia e da posibilidade de presentar denuncias por discriminación.

O modelo “ideal” de organismos estatais para a igualdade resulta ser, por conseguinte, moi sólido e tamén preciso, aínda que non haxa unha soa forma válida de creación. É evidente que “o ente” que temos en España, o CEDRE, nin se aproxima a ese modelo. E é evidente tamén que as autoridades comunitarias se están a pór progresivamente serias sobre a obriga dos Estados de axustarse na medida do posible ao seu modelo de organismos para a igualdade. Iso explica, desde logo, máis que unha case inexistente demanda social ou política interna, a proposición española á que máis abaixo me referirei, malia que adianto que, aínda que claramente se adapta ao marco europeo, faino dun xeito realmente pobre respecto das súas posibilidades de configuración.

4.2 O Informe da Comisión que avalía a aplicación da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018, do 19 de marzo de 2021

Un claro síntoma da progresiva seriedade coa que as institucións comunitarias están a enfocar as transposicións estatais dos respectivos organismos para a igualdade é o Informe de seguimento que a Comisión publicou en 2021, avaliando o grao de cumprimento da decisiva recomendación analizada, que non induce precisamente ao entusiasmo⁴⁰. A súa estrutura é simétrica á da recomendación:

A) Mandato⁴¹. Só tres Estados, entre eles o noso⁴², xunto con Portugal e Finlandia, cinguen o organismo ao trazo racial e non a todos os trazos protexidos no dereito europeo e limitan as áreas sociais de eventual conflito. Dous de cada tres organismos teñen capacidade de actuar contra o discurso de odio (entre eles non se atopa o español). Algúns Estados teñen varios organismos de igualdade diferentes (por exemplo, un xeral e outro específico para o xénero ou a discapacidade) e outros, un só organismo para todos os trazos. En cerca da metade dos Estados, o organismo para a igualdade foi asumido pola figura dos *Ombudsperson*⁴³.

O informe valora as vantaxes asociadas a un só organismo para todos os tipos de discriminación: maior facilidade de acceso para as vítimas, eficiencia económica e capacidade de manexar os casos de interseccionalidade. Tamén presenta problemas como o de asegurar suficiente atención e visibilidade a todos os trazos de discriminación protexidos, sobre todo nun contexto de recursos escasos. O informe propón como boa práctica dos organismos para a igualdade traballar en tres niveis: un xeral, buscando o progreso en todos os trazos cubertos; outro específico para cada trazo; e un terceiro para os casos de discriminacións múltiples ou interseccionais, onde interactúan dous ou máis trazos.

B) Funcións⁴⁴. Respecto da asistencia a vítimas, o informe⁴⁴ insiste na conveniencia, suxerida pola recomendación, de que se conceda lexitimación procesual directa aos organismos de igualdade para litigar no seu propio nome en casos de discriminacións colectivas, sistemáticas, etc. Esta obxectivación da asistencia ás vítimas a través da litigación estratéxica serviría para promover a loita contra as discriminacións e, polo tanto, para provocar cambios legais e nas políticas públicas. Polo momento, revela o informe, tan só dez Estados contan coa posibilidade de representar as vítimas de

⁴⁰ Este informe ten en conta a información que se lles exige aos Estados sobre o seu cumprimento da recomendación (algo previsto no seu capítulo III); os estudos da Rede Europea de Organismos de Igualdade (Equinet); os da Axencia Europea de Dereitos Fundamentais; os da ECRI; e os dalgúns organismos de igualdade, da sociedade civil e dalgúns expertos (por exemplo, CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, cit.).

⁴¹ Páxinas 4-6.

⁴² Aínda que comunicou á Comisión que está en proceso de reforma legal para superar isto (p. 4). En calquera caso, no informe en análise, que apenas pon nomes de países ás boas ou malas prácticas, o do noso país sae de xeito expreso respecto destas últimas en diversas ocasións.

⁴³ Máis tarde volverei sobre isto, pero adianto que me parece a mellor solución para o novo organismo de igualdade do noso país. O informe (p. 6) identifica vantaxes como as sinerxías entre funcións, aprendizaxe mutua, aforro de custos, ampliación do equipo humano cualificado, maior dispoñibilidade para as vítimas e máis facilidade para ser coñecidos polo público.

⁴⁴ Páxinas 6-15.

discriminación ante os tribunais⁴⁵ e a cifra redúcese a cinco respecto da capacidade de actuar procesualmente en nome propio (e non das vítimas). Dous de cada tres países permiten aos organismos iniciar investigacións de oficio. A maioría de países actúan en fases previas e alternativas á defensa xudicial das vítimas a través da mediación, aínda que, segundo as cifras que achega o informe, en escasos casos e con moi pouco éxito, ademais. Todo isto pode producir frustración e falta de confianza na institución por parte das vítimas.

Pero, ademais de asistir as vítimas, algúns organismos de igualdade en Europa, ata dez, teñen a competencia de tomar decisións vinculantes neste campo (converténdoo nun “organismo cuasi-xudicial”, p. 9). En non todos eles o organismo ten capacidade de impor sancións. E, alí onde se permite, detectáronse a miúdo como insuficientes. O informe valora (p. 10) como boa práctica que un Estado (do que non di o nome) pretenda reformar a súa normativa para que o seu organismo de igualdade poida impor medidas cautelares, sancións administrativas, ordenar o pagamento dunha compensación incluíndo os danos non económicos, requirir-lles aos infractores o cesamento da súa actividade e ordenar sancións se as súas exixencias non se cumpren. Este sería, ao meu xuízo, un bo modelo a imitar por parte do lexislador español.

O informe tamén critica o escaso seguimento que os organismos para a igualdade fan das súas decisións e considera o problema da perda de imparcialidade nos casos en que os organismos poden adoptar decisións vinculantes, xa que optarían por unha das posicións en conflito. Para evitar isto, o texto propón unha organización separada do órgano coa dita capacidade dentro do organismo de igualdade.

En canto ao resto de funcións, o informe observa o seguinte: (a) aínda non se dispón en xeral dunha suficiente colección de datos sobre a discriminación (un terzo dos Estados non realizaron estes estudos independentes por falta de recursos e outro terzo realizounos, pero de modo incompleto). O texto propón como boa práctica colaborar co organismo estatal de estatística. (b) Algo semellante pode dicirse dos informes independentes, aínda que o documento sinala que en tan só dous Estados non se emiten con regularidade (aquí non cita a España, pero non é dubidoso que se trata dun deles). A independencia dos informes comprométese se se publican a cargo das autoridades nacionais. (c) Polo que se refire ás recomendacións para mellorar a lexislación e as políticas públicas, o informe constata que case todos os organismos para a igualdade o fan, sobre todo nos seus informes anuais. É unha boa práctica a consulta previa aos organismos respecto da normativa e as políticas antidiscriminatorias e a explicación posterior de por que as recomendacións foron ou non tidas en conta. (d) Promoción da igualdade. A maioría dos organismos cumpren esta función dun ou doutro xeito.

C) Independencia e efectividade⁴⁶. O informe observa que a maioría dos organismos en Europa teñen independencia xurídica, pero non de feito. Adoitan ter

⁴⁵ O que tampouco parece facerse a miúdo e, ademais, hai medo a ter que pagar as custas xudiciais se se perden os casos, o cal, nun contexto de recursos escasos, desanima á presentación de recursos ante os xuíces (p. 9).

⁴⁶ Páxinas 16-20.

personalidade xurídica, pero nalgúns poucos Estados seguen dependendo dun ministerio (o caso español, por exemplo). Tampouco se asegura polo xeral autonomía orzamentaria tanto para decidir o volume de gastos como para xestionar libremente eses fondos. Tamén é crucial para asegurar a independencia do organismo o método de nomeamento e revogación das persoas que o compoñen, sobre todo dos seus líderes (que poden ser individuais –o máis común– ou colectivos). Normalmente, o director ou directora do organismo é elixido polo goberno, pero o informe asegura que é mellor práctica implicar tamén ou en exclusiva o parlamento na súa designación (mellor competitiva a partir do currículo profesional e transparente) cunha maioría cualificada. A función de liderado do órgano é mellor que sexa incompatible con outros traballos, públicos e privados. Interesante, así mesmo, incluír unha listaxe de causas de revogación do mandato, entre outras razóns de saúde ou indebido manexo financeiro da institución.

O equipo humano de organismo diríxese á diversidade social e por iso mesmo a súa composición debe reflectir en si mesma tal diversidade. Isto pode asegurar a confianza das vítimas. A total accesibilidade ás persoas con discapacidade debe garantirse.

O informe considera unha boa práctica que o organismo para a igualdade responda ante o parlamento a través do debate neste do informe anual, pero sempre que non se someta a unha aprobación formal.

Sen recursos humanos, de infraestrutura e económicos axeitados, os organismos para a igualdade non poden levar a cabo as súas funcións. Na práctica, os orzamentos difiren moito entre si: desde 5 membros a 50 e de medio millón de euros a máis de 50 millóns. E isto non se explica só porque o país sexa máis ou menos amplo ou pola diferenza do custo da vida. Ás veces, os datos do orzamento non son transparentes. Nos últimos anos houbo incrementos orzamentarios, pero tamén recortes. A insuficiencia de fondos é a maior preocupación dos organismos de igualdade en Europa.

D) Procedementos, acceso e accesibilidade⁴⁷. En case todos os Estados as demandas poden presentarse oralmente (incluso por teléfono), por escrito ou en liña e en todas as linguas oficiais. Sobre a presenza física en todo o territorio, un terzo dos organismos non son visibles ou non están abertos ao público. A existencia de oficinas rexionais e locais é unha boa práctica. A metade dos Estados contan con presenza rexional e local. O informe sostén que a crecente informatización dos procesos non elimina a necesidade de presenza física dos organismos de igualdade, precisamente porque as persoas máis discriminadas son as que, en principio, teñen menos acceso a ferramentas dixitais.

Outro grave problema, xunto coa insuficiencia orzamentaria, é que os organismos de igualdade seguen sen ser demasiado coñecidos entre a poboación. O informe urxe a incrementar a súa visibilidade, dispoñibilidade, accesibilidade e confianza.

Ata aquí o exame do informe de avaliación. Sen dúbida, trátase dun texto extraordinariamente útil para entender correctamente que é o organismo de igualdade ao que se refire de xeito sistemático a normativa europea. Coa Recomendación do 22 de xuño de 2018 parece evidente que a Unión Europea entrou nunha sorte

⁴⁷ Páxinas 21-24.

de segunda fase de implantación dos organismos para a igualdade, tras a inicial obriga de creación a partir do ano 2000 dos organismos, que non especificaba, non obstante, os trazos fundamentais do seu réxime de organización e actividade. Esta segunda fase caracterízase polo deseño, a partir da gradual fundación dos organismos nos diversos Estados europeos e a súa experiencia dos anos iniciais de funcionamento, dun modelo de organismo tan preciso como potente. Para entendernos no contexto da cultura institucional española: un organismo de similar arquitectura que a Defensoría do Pobo (mesmo con maior ámbito de actuación que esta porque pode coñecer de lesións do dereito de igualdade por parte de particulares, e con maiores potestades, mesmo, ogallá, para sancionar por si mesmo) ou a Axencia de Protección de Datos.

É evidente que o modelo europeo de organismo para a igualdade, cada vez máis potente, se foi afastando do organismo español, o CEDRE, cada vez máis débil, e, de aí, a imperiosa necesidade dunha reforma en profundidade entre nós. Xa en 2011 se aprobou, nos últimos compases da segunda lexislatura do presidente José Luís Rodríguez Zapatero, un Proxecto de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación⁴⁸, que non logrou aprobarse pola extinción da lexislatura e que non foi repescado na posterior. Presentouse de novo como proposición de lei desde a oposición en 2017, pero tampouco prosperou. Finalmente, unha Proposición de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación foi presentada e, ata o momento en que se escriben estas liñas, tomada en consideración polo Pleno do Congreso dos Deputados o 23 de febreiro de 2021. Imponse agora, polo tanto, contrastar os requirimentos que proveñen do marco europeo coa nova regulación en debate.

4.3 Contraste do marco europeo coa regulación prevista na Proposición de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación tras a súa toma en consideración polo Pleno do Congreso o 23 de febreiro de 2021

Evidentemente, este artigo non é o lugar para analizar en profundidade a proposición, e máis tendo en conta que é esperable que sufra cambios ao longo da súa tramitación parlamentaria no caso de que, finalmente, chegue a prosperar, como é o desexable. Pero si resulta indispensable utilizar ese texto como banco de probas de canto se foi expondo ata o momento, contrastando a súa regulación co marco europeo de referencia.

De entrada, hai que recoñecer que a proposición si intenta, por fin, máis de vinte anos despois da Directiva 2000/43, traspasar seriamente no noso ordenamento a regulación europea, por máis que algúns aspectos sigan sendo, na miña opinión, mellorables, empezando pola propia natureza da norma, que debería ser orgánica e

⁴⁸ No que, por certo, tamén tiven a honra de participar como experto técnico.

non ordinaria⁴⁹ e polo seu nome⁵⁰. A propia exposición de motivos recoñece, no seu penúltimo parágrafo, que a transposición actual vixente é “insuficiente e ineficiente”.

O proxecto de norma menciona expresamente no artigo 2.1 os trazos protexidos por ela, que son os seis europeos⁵¹ (e non só xa “a orixe racial ou étnica”⁵²), desdóbrando, con bo criterio, o factor “orientación sexual” europeo en tres epígrafes que en realidade deben distinguirse: orientación sexual, identidade sexual e expresión sexual (para as persoas que deciden non encaixarse no modelo binario), máis o nacemento (aludido polo art. 14 CE), a enfermidade (que a xurisprudencia europea e a nacional viñeron identificando como posible trazo exclusóxico, por exemplo en relación coa SIDA ou coa obesidade extrema) e a situación socioeconómica (que abre unha perspectiva moi interesante de utilización do dereito antidiscriminatorio na loita contra a aporofobia). Por suposto, a lista é aberta porque se menciona, como o artigo 14 CE, “calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social”. Esta lista de trazos cumpre cabalmente o requirido polo modelo europeo.

A listaxe de ámbitos sociais de discriminación do artigo 3.1 tamén satisfai de sobra as exixencias europeas, porque comprende o previsto na recomendación e engade moitos outros, como, por exemplo: a afiliación e participación en todo tipo de organizacións, a seguridade cidadá, a administración de xustiza, a publicidade e os medios de comunicación, internet e redes sociais, as actividades deportivas e mesmo a intelixencia artificial (xa que os algoritmos poden determinarse a partir de prexuízos discriminadores). Tan só unha observación crítica neste punto: aínda que a listaxe menciona a publicidade, os medios e Internet, a proposición non alude expresamente á función do Comisionado como garantía fronte ao discurso (non

Regap



ESTUDIOS

⁴⁹ Non ignoro que a xurisprudencia do Tribunal Constitucional cingue o ámbito material das leis orgánicas en canto ao desenvolvemento dos “dereitos fundamentais e as liberdades públicas” (art. 81.1 CE) só aos dereitos da sección primeira do capítulo segundo do título I, é dicir, aos dereitos comprendidos entre os artigos 15 a 29. Pero isto é debido a unha errónea comprensión inicial da igualdade e non discriminación do artigo 14 non como un dereito autónomo, senón como un dereito meramente relacional respecto do exercicio do resto de dereitos. O dereito a non sufrir discriminación é un dereito fundamentalísimo que está intensamente protexido polo dereito internacional dos dereitos humanos aplicable e, na orde interna, pola protección xudicial ordinaria reforzada para os dereitos fundamentais e tamén polo recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional, así como pola rixidez máis agravada fronte á reforma constitucional do procedemento previsto no artigo 168 CE pola súa evidente conexión tanto co título preliminar como co resto de dereitos fundamentais. Noutras palabras, a súa non reconsideración como lei orgánica revela un enfoque conservador, formalista e incoherente desde o punto de vista sistémico.

⁵⁰ Na miña opinión, a expresión “igualdade de trato e a non discriminación”, ademais de que non é precisamente eufónica, non é totalmente correcta desde o punto de vista conceptual, porque a non discriminación comprende a igualdade de trato e mais a igualdade de oportunidades. Polo tanto, co concepto de discriminación xa se abrangue a igualdade de trato. Por outro lado, se se menciona a discriminación sen ningún apelido, é evidente que asume un enfoque “integral”, de modo que este adxectivo é un pleonasma. Un mellor título sería, creo, algo así: “Lei orgánica de loita contra toda forma de discriminación”. Ou se se prefire: “Lei orgánica para a promoción da igualdade e a protección fronte ás discriminacións”.

⁵¹ Un deles é, por suposto, o “sexo” (chama, non obstante, a atención que non se mencione “xénero”). A proposición opta, pois, por configurar un organismo multitarefa que inclúe todas as causas de discriminación sen tratar de maneira separada as discriminacións de xénero, que son as máis numerosas e gardan certa especificidade porque afectan non a unha minoría social, senón á maioría e sempre para agravar a discriminación cando concorre o resto de trazos. Certamente, o enfoque elixido permitirá manexar mellor estes casos de discriminación múltiple ou interseccional, pero non sería desatinado, ao meu xuízo, como máis arriba expuxen, que coexistisen un organismo para a igualdade en xeral e un organismo específico para a igualdade de xénero (quizais a partir dunha transformación legal do Instituto da Muller).

⁵² A normativa europea e tamén a española falan de “orixe racial ou étnica”, pero considero que esta expresión é incorrecta porque se, cientificamente, non existen razas humanas, tampouco poden existir, por lóxica, “orixes” raciais. Sería mellor empregar a expresión “motivos raciais ou étnicos”.

xa os delitos, porque isto corresponde exclusivamente ao poder xudicial) de odio discriminador.

A proposición introduce a protección contra novas formas de discriminación (por asociación, por erro, múltiple, etc.) e, sobre todo, as garantías exixidas polo dereito comunitario. Entre elas, de modo principal, como non podía ser doutro xeito, a nova institución do “Comisionado para a igualdade de trato e a non discriminación”, que se regula no título III do proxecto de norma (arts. 36-41). Configúrase (art. 36) como autoridade independente⁵³ de ámbito estatal con capacidade para promover e protexer a igualdade fronte aos poderes públicos e tamén respecto dos particulares. O artigo 36 habilita expresamente as comunidades autónomas para crear “organismos coa mesma natureza”, pero tamén para atribuír estas funcións a institucións xa existentes. Isto é moi interesante porque permitiría que os defensores do pobo autonómicos, alí onde existen, asumisen as competencias de loita contra a discriminación. Na epígrafe seguinte e última desta análise, proporei como mellor fórmula (non, evidentemente, a única posible) que sexa o Defensor do Pobo estatal quen o faga no ámbito estatal.

O Comisionado terá personalidade xurídica propia e autonomía orgánica e funcional. A súa estrutura orgánica, réxime de persoal e económico, etc., regularanse no Estatuto do Comisionado, que haberá de elaborar o primeiro Comisionado (os sucesores poderían presentar modificacións) e será aprobado polo Goberno mediante Real decreto (art. 37). O Comisionado será nomeado polo Goberno entre personalidades de recoñecido prestixio na materia, logo de comparecencia ante a comisión correspondente do Congreso, que poderá aprobar ou rexeitar por maioría absoluta o nomeamento proposto. O seu mandato será de cinco anos, sen posibilidade de renovación. As causas de cesamento son estritas: renuncia, incapacidade permanente, condena firme por delito doloso ou incumprimento grave dos deberes do seu cargo (art. 37). O Comisionado proporalle anualmente a Facenda un proxecto de orzamento para a súa inclusión na Lei xeral de orzamentos do Estado. O control económico e financeiro corresponderalle ao Tribunal de Contas (art. 38).

Os trazos fundamentais do Estatuto do Comisionado si parecen asegurar a súa independencia respecto do Goberno e responden ao marco da Recomendación da Comisión antes mencionada. Autonomía organizativa, orzamentaria e de desenvolvemento normativo. Un mandato que non coincide co dunha lexislatura. Un nomeamento governamental, pero con aprobación previa parlamentaria. Non se alcanza o ideal dun nomeamento tras un concurso, pero, polo menos, exíxese que o comisionado ou comisionada conte cun “recoñecido prestixio na defensa e promoción da igualdade”. Causas de cesamento taxadas. A proposición menciona a adscrición de funcionarios, persoal laboral e mesmo de letrados do Estado para o exercicio das súas

⁵³ Por iso o nome de “Comisionado” non acaba de convencer; porque “comisionado” de quen? Veremos que o nomeamento é do Goberno (cunha previa aprobación parlamentaria), de modo que o lóxico sería pensar que se trata dun comisionado do Goberno, pero isto é incompatible coa idea de autoridade independente e co seu estatuto xurídico. Mellor, polo tanto, falar de “Alta Autoridade” ou similar. Nun sentido semellante, véxase FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Aportaciones de la alianza por la ley de igualdad de trato a la proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, FSG, Madrid, marzo 2021, p. 4.

competencias. Aínda máis: o artigo 38 ordena establecer medidas de acción positiva para que unha parte do persoal proveña dos colectivos protexidos especialmente por esta norma, tal como suxería tamén a recomendación europea. Pode concluírse, por conseguinte, que tamén neste punto a proposición cumpre os parámetros europeos de independencia. Outra cousa é se tamén o fará respecto dos de eficacia, porque iso dependerá, finalmente, do orzamento e do persoal, en número e cualificación, que se lle asigne unha vez creado.

As competencias do Comisionado relaciónanse no artigo 36. Aínda que dun modo desordenado, inclúe as exixidas polo dereito comunitario, sen dúbida, tanto nun rol proactivo (de promoción) como reactivo (de protección). De todas as competencias, a principal é, sen dúbida, a de asistencia ás vítimas de calquera tipo de discriminación. Pois ben, neste eido hai indubidables melloras respecto da situación vixente, pero o modelo de Comisionado previsto non alcanza o ideal suxerido pola recomendación europea. O Comisionado pode mediar e conciliar, salvo en materia penal e laboral, substituíndo os eventuais recursos de alzada e reposición (art. 36.b). Isto é interesante, aínda que, por unha banda, non se entende que se exclúa a mediación do ámbito laboral e, por outra, sería mellor, ao meu xuízo, se tamén puidese levar a cabo unha función (voluntaria para os afectados) de arbitraje, con decisións vinculantes para eles. Pode tamén iniciar investigacións de oficio ou por instancia de terceiros, pero non en materia penal (onde debe remitir o tanto de culpa ao fiscal ou á autoridade xudicial) e só se se trata de discriminacións de especial gravidade ou relevancia (art. 36.e). Configúrase, pois, unha competencia investigadora de xeito particularmente cauteloso e pouco definida, quizais, mesmo, máis limitada que a investigación que actualmente pode levar a cabo o Servizo de Asistencia a Vítimas.

O artigo 40.3 establece o deber para administracións públicas e particulares de prestar a colaboración necesaria ao Comisionado, proporcionándolle toda clase de información que este lle requira. A proposición contén un catálogo de infraccións e sancións administrativas por discriminación (arts. 43 e ss.), e nas infraccións (art. 43.3.c) inclúese entre as graves (cunha sanción de entre 10.001 a 40.000 euros: art. 44.1.b) “o incumprimento dun requirimento administrativo específico, que non constituía unha exixencia formal, formulado polo órgano administrativo ao que lle corresponda o exercicio das competencias necesarias para dar cumprimento ás previsións desta lei”. Quizais aquí se poderían incluír as condutas graves de omisión do deber de colaboración co Comisionado, pero sería mellor, ao meu xuízo, especificalo de modo expreso.

Un dato fundamental da proposición é que o Comisionado non pode sancionar por si mesmo, senón que, como máximo, pode interesar a actuación da Administración para sancionar infraccións administrativas (art. 36.e). É dicir, o Comisionado non lle podería pór unha multa a un colexio por algunha conduta discriminatoria, senón que deberá pór o feito en coñecemento da inspección educativa. O mesmo no ámbito laboral e nos demais. Como vimos, a recomendación non exige que o organismo para a igualdade teña potestade sancionadora. Pero nalgúns países si a ten. Ao meu xuízo, este é mellor modelo. Primeiro porque xa existen as inspeccións educativa,

laboral e doutros tipos e, non obstante, seguen existindo discriminacións en todos eses ámbitos. Segundo, porque, se se mantén a potestade sancionadora tal e como está, que novidade real se introduce con esta figura?, para que se crea? Terceiro, porque non sancionar impediralle ao Comisionado achar calquera tipo de visibilidade cidadá. Cuarto, porque hai precedentes de organismos que inciden en ámbitos onde xa existen órganos administrativos con potestade sancionadora e, por certo, con éxito: por exemplo, a Axencia de Protección de Datos. É evidente que a inspección laboral debe garantir os dereitos dos traballadores, tamén os da protección dos seus datos, pero tamén o é que o traballo especializado da Axencia veu facer máis incisiva esa protección. Quinto: porque pode haber diferenzas de criterios en certos casos entre o Comisionado e o órgano sancionador de que se trate e, nestes casos, sempre prevalecerá a vontade deste último, fraxilizando de modo manifesto a posición institucional do Comisionado. Que este poida sancionar por discriminación, coas cautelas requiridas pola recomendación europea, é “pórllle dentes” á institución. Na miña opinión, á vista da nosa experiencia nesta materia, privar ao Comisionado da potestade de sancionar é impedir, *a limine*, que esta figura teña solidez institucional ningunha. Quizais non nacería morto, pero si moi débil.

Outro punto feble da proposición é, ao meu xuízo, que non lle permite ao Comisionado acudir directamente aos tribunais para defender a prohibición de discriminación, polo menos nos casos máis graves, institucionais e sistemáticos, como si suxire a recomendación. A proposición modifica a Lei de axuízamento civil e a Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (disposicións derradeiras segunda e terceira) para outorgar lexitimación procesual ao Comisionado en defensa da prohibición de discriminación, pero sempre coa autorización das persoas afectadas, lexitimación da que xa dispoñen moitos outros suxeitos respecto dos que o Comisionado non logra distinguirse especialmente. Neste punto pérdese, na miña opinión, outra magnífica oportunidade para crear unha institución de referencia na loita contra a discriminación. A súa misión de defensa das vítimas cumpriría a normativa europea, pero no seu rango máis básico ou mínimo.

5 Tese conclusiva: a conveniencia de atribuír as funcións do organismo para a igualdade ao Defensor do Pobo estatal e aos seus equivalentes autonómicos

En definitiva, atopámonos no contexto dunha segunda fase de implantación dos organismos de igualdade en Europa, máis seria e precisa aínda que a anterior, cunha transposición española inicial preguiceira e tramposa que revela, dun lado, a carencia de vontade política para atallar un problema, as discriminacións, que, salvo no xénero, a orientación e identidade sexual e a discapacidade, apenas se recoñece; e, doutro, a falta de conexión do emerxente dereito antidiscriminatorio europeo coa tradicional cultura xurídica patria, así como co intento (de novo) de facer converxer o modelo europeo e o español. A proposición sumariamente analizada debe ser, neste sentido, benvida, aínda que finalmente o organismo para a igualdade prefigurado,

malia cumprir cos estándares europeos, faino dun modo mínimo, na miña opinión. Case no limiar da mediocridade.

Con bo criterio, o Comisionado é unha institución completamente diferente do CEDRE, aínda que este último Consello podería, quizais, subsistir, coas debidas reformas, como o órgano de participación e consulta dentro do Comisionado ao que se refire o artigo 39 da proposición. Tamén o servizo actual de atención a vítimas podería manterse no marco do traballo do Comisionado, coas modificacións oportunas, entre outras non menores a incorporación de entidades de loita contra todo tipo de discriminacións e non só a racial/étnica. As vantaxes do servizo son: a experiencia adquirida en todos estes anos; a súa presenza no territorio; a capacidade das entidades especializadas do terceiro sector de suscitar denuncias, informar e sensibilizar os grupos en desvantaxe e a posibilidade que supón de implicalas institucionalmente na loita contra a discriminación. Loxicamente, agora sería o propio Comisionado quen asumiría en primeira persoa as funcións de mediación e conciliación, a asistencia xudicial ás vítimas (co consentimento destas), etc., pero podería ser co apoio das entidades do terceiro sector. Non tería sentido que o Comisionado traballase á marxe do terceiro sector, que, na experiencia española, veu ata agora cubrindo con eficacia as carencias e ausencias das institucións públicas neste eido.

A proposición tamén prevé que o Comisionado asine convenios de colaboración co Defensor ou Defensora do Pobo para coordinar as súas actuacións (art. 41). Vimos mesmo (art. 36) que o proxecto de norma permite que as figuras autonómicas equivalentes ao Defensor do Pobo poidan ser, se as leis autonómicas de creación que puidesen ditarse así o recoñecesen, os organismos para a igualdade. O modelo europeo e o comparado consideran a posibilidade de que defensorías do pobo e organismos de igualdade converxan nunha soa institución, a do Defensor, cun departamento especializado e con perfil propio (liderado, persoal, orzamento, etc.) dentro dela, ou ben que sexan dúas institucións diferentes, aínda que, iso si, debidamente coordinadas. O Informe de avaliación da Recomendación (2021) sinala que a metade dos países europeos seguen un modelo e a outra metade o alternativo, pero non se pronuncia sobre cal sexa o modelo óptimo⁵⁴.

A cuestión é, polo tanto, altamente opinable. Para concluír esta análise, formularé a tese final: ao meu entender, o mellor para o noso país sería engadir esta nova función de loita contra a discriminación entre as competencias da Defensoría do Pobo. En definitiva, o Comisionado non é máis que un Defensor especializado en razón da materia. Recordo algunhas das vantaxes que sinalaba a recomendación e engado outras. Primeira: a Defensoría cumpre perfectamente e sen dúbida ningunha o requisito de independencia que exige o dereito comunitario. Faino aínda máis que o Comisionado, dado o nomeamento parlamentario coa maioría reforzada. De feito, o quinto informe de seguimento a España da ECRI⁵⁵ constata que o Defensor do Pobo si

⁵⁴ Na miña opinión, Francia, que inicialmente creou un organismo especializado e máis tarde o integrou, con especificidade, dentro da institución do *Défenseur des Droits* como *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité*, é un modelo especialmente interesante.

⁵⁵ ECRI, *Informe da ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, do 28 de febreiro de 2018, p. 19.

é unha institución independente e, por certo, moi útil na loita contra o racismo. Non o di claramente, pero entre liñas parece lerse que atribuír as funcións do organismo de igualdade a esta institución podería resultar sinxelo e factible. Segunda: acumular esta función na Defensoría é aconsellable porque se trata da protección dun dereito fundamental (art. 14 CE). Isto permitiría, ademais, crear sinerxías entre os distintos ámbitos a protexer. Terceiro: produciríase, no contexto de restrición de recursos públicos, un importante aforro de custos na implantación da figura (estatal e autonómica). Os aumentos irían dirixidos, tan só, a contratar o persoal que se requirise, pero non a edificios e infraestruturas. Cuarto: a Defensoría ten implantación estatal, pero os seus equivalentes autonómicos aínda máis, de modo que se aseguraría unha maior presenza en todo o territorio, así como a eventual utilización doutras linguas diferentes do castelán. Quinto: un problema grave dos organismos para a igualdade é que os seus potenciais usuarios non os coñecen nin son accesibles para eles. Pois ben, sen dúbida, a figura da Defensoría podería acadar maior visibilidade cidadá que a do Comisionado.

A única dúbida xurídica de calado é a de se a asunción deste modelo requiriría ou non dunha reforma previa do artigo 54 da Constitución, que é o precepto que se dedica ao Defensor e que o configura como unha institución que só pode coñecer queixas de actuacións procedentes dos poderes públicos e non dos particulares, sendo evidente que o organismo de igualdade debe poder coñecer posibles lesións discriminatorias cuxa fonte non sexa pública, senón privada. É evidente que habería que modificar a fondo a arquitectura institucional do Defensor do Pobo, incluíndo no seu seo con especificidade o organismo para a igualdade e reforzando as súas competencias e potestades neste ámbito, o que, por outra parte, non lle viría nada mal á figura porque teño a sensación de que a súa configuración constitucional xa era no ano 1978 cando se creou excesivamente desdentada. A miña opinión é, polo tanto, que se debería converter o Defensor do Pobo no organismo de igualdade que nos exige a lexislación europea. Alí onde existan defensorías autonómicas, estas poderían asumir, logo de convenio coa estatal, as funcións de organismo para a igualdade en ámbitos autonómico e local (en canto a administracións) e a posibles lesións de igualdade entre particulares en territorio de Comunidade respectiva, reservando a Defensoría estatal a defensa da igualdade fronte á Administración estatal e a institucional. Este sería, ao meu xuízo, o modelo de transposición máis sustentable e potente da normativa europea neste eido.

Non ignoro que, en realidade, calquera modelo potente e non flácido (como o vixente e como, temo, o que se planea neste tempo para o noso país) de organismo para a igualdade ten que elixir, como manifesta a experiencia comparada, entre un tipo de organismo de acompañamento real das vítimas, mesmo en sede xudicial e mesmo ás veces, con lexitimación procesual propia (e aí a figura do Defensor do Pobo, previamente modificada, sería a óptima), e un modelo de organismo con capacidade sancionadora, de corte “cuasi-xudicial” (caso en que o patrón da Axencia de Protección de Datos sería o exemplo a seguir). Os dous modelos presentan vantaxes e inconvenientes, pero comparten un elemento fundamental común: son dúas

maneiras de tomar en serio o dereito comunitario e, por riba de todo, o dereito fundamental a non sufrir discriminacións do artigo 14 CE. Por iso, calquera das dúas serían benvidas porque suporían un avance cualitativo respecto da situación actual.

Bibliografía

- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación da Comisión 2018/951*, do 22 de xuño de 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *Informe que avalía a aplicación da Recomendación da Comisión 2018/951*, do 22 de xuño de 2018, do 19 de marzo de 2021.
- CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, ECRI / Comisión Europea, Bruxelas, agosto de 2018.
- ECRI, *Recomendación n. 2 de política xeral da Comisión do Consello de Europa contra o Racismo y a Intolerancia (ECRI)*, do 13 de xuño de 1997.
- ECRI, *Informe da ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, do 28 de febreiro de 2018.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Aportaciones de la alianza por la ley de igualdad de trato a la proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, FSG, Madrid, marzo 2021.
- HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC-existence, independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección Xeral de Emprego, Asuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, (Unidad G 2), Bruxelas, marzo de 2006.
- REY MARTÍNEZ, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Álvarez Vélez, M.^a I. e Carlos Vidal Prado, C. (coords.), *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- REY MARTÍNEZ, F., *Derecho Antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.
- SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: El marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, *Oñati Socio-legal series*, n. 11(3), 2021. DOI 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1183 (19 de abril de 2021).

Regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 75-111
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4765>
© Lourdes de la Torre Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 17/05/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os concellos e as infraestruturas da sociedade da información¹

Los municipios y las infraestructuras de la sociedad de la información

Municipalities and infrastructures of information society

61 Regap

Regap



ESTUDIOS

LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ
Profesora titular de Dereito Administrativo
Universidade de Jaén
<https://orcid.org/0000-0001-5295-0807>
lоторre@ujaen.es

Resumo: A eliminación de barreiras e a globalización tiveron incidencia, tamén, no ámbito local. Boa mostra diso é a crecente instalación de infraestruturas que permitan un desenvolvemento axeitado de servizos propios da denominada sociedade da información. Na actualidade xurdiron algunhas cuestións controvertidas respecto das ordenanzas reguladoras desta materia, que impoñen limitacións á citada instalación, como a existencia de autorizacións ou licenzas previas, aínda sabendo que os operadores gozan do dereito de ocupación legalmente recoñecido ou mesmo tendo estes presentado un plan de despregamento. Malia que a lexislación sectorial e a xurisprudencia dos distintos tribunais contribuíron á

¹ Este traballo realízase no marco do Proxecto I+D+i do Plan Nacional "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía" (DER2016-74843-C3-3-R), do que son investigadora principal. Este proxecto intégrase no proxecto coordinado: "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea" (DER2016-74843-C3-1-R), do que a investigadora principal é Eloísa Carbonell Porras. Pola súa vez, ambos están integrados no Grupo de Investigación PAIDI SEJ-630: "Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico" (APCI).

súa delimitación e aplicación, recentemente xurdiron novos conflitos, pois tales restricións poden impedir o desenvolvemento desta actividade económica.²

Palabras clave: Concellos, sociedade da información, autorización ou licenza previa, plan de despregamento de infraestruturas, unidade de mercado, razón imperiosa de interese xeral.

Resumen: La eliminación de barreras y la globalización han tenido incidencia, también, en el ámbito local. Buena muestra de ello es la creciente instalación de infraestructuras que permitan un desarrollo adecuado de servicios propios de la denominada sociedad de la información. En la actualidad han surgido algunas cuestiones controvertidas respecto de las ordenanzas reguladoras de esta materia, que imponen limitaciones a la citada instalación, como la exigencia de autorizaciones o licencias previas, aun sabiendo que los operadores gozan del derecho de ocupación legalmente reconocido o incluso habiendo estos presentado un plan de despliegue. Si bien la legislación sectorial y la jurisprudencia de los distintos tribunales han contribuido a su delimitación y aplicación, recientemente se plantean nuevos conflictos, pues tales restricciones pueden impedir el desarrollo de esta actividad económica.

Palabras clave: Municipios, sociedad de la información, autorización o licencia previa, plan de despliegue de infraestructuras, unidad de mercado, razón imperiosa de interés general.

Abstract: The elimination of barriers and the globalization have had an impact at the local level too. A good example is the installation of infrastructures for an adequate development of the services that the so-called information society entails. At present, some controversial issues have arisen regarding the regulatory ordinances on this matter, which impose limitations on the aforementioned facility, such as the requirement of prior authorizations or licenses, even knowing that the operators enjoy the legally recognized right of occupation or even having presented a deployment plan. Although the sectoral legislation and the jurisprudence of the different Courts have contributed to its delimitation and application, new conflicts have recently arisen as such restrictions may impede the exercise of this economic activity.

Key words: Municipalities, information society, prior authorization or license, infrastructure deployment plan, market unity, overriding reason relating to the public interest.

SUMARIO: 1 Enfoque inicial. 2 A intervención dos concellos na instalación de infraestruturas para a sociedade da información. 2.1 Xustificación na normativa aplicable. 2.2 O papel dos concellos na súa regulación: doutrina xurisprudencial do Tribunal Supremo. 3 A non existencia de licenzas previas á instalación de redes como principio xeral e a recuperación da unidade de mercado. 3.1 O sometemento das comunicacións electrónicas como actividade económica á LGUM e a eliminación de autorizacións previas como regra xeral. 3.2 Cando poden substituír os concellos a existencia de autorizacións previas por declaracións responsables aos operadores? 3.3 Enténdese aprobado por silencio administrativo un plan de despregamento se transcorre o prazo máximo de resolución? 3.4 Desaprobación xudicial ás ordenanzas de infraestruturas de comunicacións electrónicas coa brida da LGUM. 3.5 Últimos informes da CNMC sobre existencia de licenza previa por concellos ao despregamento de redes. 4 Reflexión última.

1 Enfoque inicial

A sociedade da información desencadeou unha revolución do mundo no que vivimos e foi evolucionando á par das innovacións tecnolóxicas. Hoxe en día, nun contorno

² Este traballo realízase no marco do proxecto I+D+i do Plan Nacional "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía" (DER2016-74843-C3-3-R), do que son investigadora principal. Este proxecto intégrase no proxecto coordinado: "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea" (DER2016-74843-C3-1-R), do que a investigadora principal é Eloísa Carbonell Porras. Pola súa vez, ambos están integrados no Grupo de Investigación PAIDI SEJ-630: "Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico" (APCI).

globalizado³, polo tanto, non resulta nada desatinada a combinación concellos e comunicacións electrónicas⁴, pois vén sendo habitual que estas administracións regulasen e aprobasen ordenanzas reguladoras de instalación de infraestruturas nesta materia⁵ ou mesmo que presten determinados servizos de telecomunicacións, xa sexa por si mesmos ou a través de diferentes operadores⁶, como por exemplo o servizo wifi⁷ nas bibliotecas, nos museos, en prazas e, en definitiva, nos denominados centros de vida pública local, incluídos os espazos ao aire libre accesibles ao público en xeral, así como as zonas rurais e os lugares remotos. Nos últimos anos o impulso europeo para conseguir o despregamento de redes e servizos de comunicacións electrónicas foi crecente co obxectivo de crear un mercado único dixital no marco configurado pola Axenda Dixital 2020 para levar a banda larga básica a todos os europeos e garantir un acceso a velocidades máis altas de Internet⁸. Neste contexto, tampouco podemos perder de vista a aprobación do Código europeo das comunicacións electrónicas en

Regap



ESTUDIOS

³ JIMÉNEZ-BLANCO sostén que «a tecnoloxía (a “dixitalización”, co seu arsenal de palabras novas: *bitcoin*, *blockchain*, *smart cities*...) se aliou coa globalización para dar lugar a un mundo que (agora si) non é máis que un pano e no cal as cousas interactúan, pero no que, en desquite, volveron aparecer, esporeados polos movementos migratorios, toda sorte de nacionalismos, aldeanismos e tribalismos que chegaron mesmo aos países anglosaxóns, os *modernos*, o Reino Unido e USA, que ata agora parecían mostrarse adaiás do cosmopolitismo e estar situados a resguardo deste tipo de virus». (JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho: Estudios (2014-2019)*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Allen and Overy, 2019, p. 16).

⁴ Mostra diso é o traballo que se publicou en 2006, hai xa 15 anos, ao que nos remitimos: DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las telecomunicaciones*, Prólogo Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

⁵ Un estudo destas ordenanzas contense en DOMÈNEC SIBINA, T., “Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 0, 2002, pp. 146-169.

⁶ Sobre a posibilidade de que a Administración pública se erixa en operador de telecomunicacións e sobre a necesidade de comunicalo previamente e inscribirse no Rexistro de Operadores, remitímonos a DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por organismos públicos: ¿nuevos operadores?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 108, setembro-décembro 2020, pp. 19-72.

⁷ Unha monografía, a cal foi pioneira nesta materia, que aborda as cuestións xurídicas que xorden arredor das redes sen arames municipais: FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005. Un estudo posterior atopámolo en DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Municipios y servicios WiFi. Fomento europeo para la conectividad a internet en el ámbito local”, Carbonell Porras, E. e Piperata, G., (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019, pp. 345-381.

⁸ Téñase en conta o Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeo e do Consello do 25 de novembro de 2015 polo que se establecen medidas en relación co acceso a unha Internet aberta e se modifica a Directiva 2002/22/CE relativa ao servizo universal e aos dereitos dos usuarios en relación coas redes e os servizos de comunicacións electrónicas aprobado mediante o Regulamento (UE) n. 531/2012 relativo á itinerancia nas redes públicas de comunicacións móbiles na Unión.

2018⁹, non trasposto aínda ao ordenamento español¹⁰, aínda que se aprobou un anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións¹¹.

En consecuencia, a sociedade da información tamén acadou o ámbito local, como non podía ser doutro xeito, e a súa realización efectiva segue xerando algunhas in-
quedanzas, como a posibilidade de que os concellos, xeralmente mediante as súas
ordenanzas reguladoras, exixan aos operadores de telecomunicacións excesivas
autorizacións, ou licenzas previas á instalación de infraestruturas, que puidesen
na práctica supor un freo ao despregamento de redes e servizos de comunicacións
electrónicas¹². Con carácter previo, é imprescindible recordar os argumentos que

⁹ Aprobado pola Directiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2018, pola que se establece o Código europeo das comunicacións electrónicas (DOUE L321/36 do 17 de decembro de 2018). O prazo de transposición ao ordenamento xurídico interno do Código europeo das comunicacións electrónicas finalizou o día 21 de decembro de 2020 e a transposición levarase a cabo a través da aprobación dunha nova LXTT, que derrogará a actualmente vixente Lei 9/2014 e que está a culminar a súa tramitación. De feito, a Comisión Europea incoou procedementos de infracción contra 24 Estados membros, entre os que se atopa España, por non ter trasposto estas normas. Este código refunde as catro directivas que estaban ata ese momento vixentes en materia de comunicacións electrónicas: Directiva 2002/19/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa ao acceso ás redes de comunicacións electrónicas e recursos asociados, e á súa interconexión (Directiva acceso) (DOUE L108/7 do 24 de abril de 2002); Directiva 2002/20/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa á autorización de redes e servizos de comunicacións electrónicas (Directiva autorización) (DOUE L108/21 do 24 de abril de 2002); Directiva 2002/21/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común das redes e os servizos de comunicacións electrónicas (Directiva marco) (DOUE L108/33 do 24 de abril de 2002); e Directiva 2002/22/CE, do 7 de marzo de 2002, relativa ao servizo universal e os dereitos dos usuarios en relación coas redes e os servizos de comunicacións electrónicas (Directiva servizo universal) (DOUE L108/51 do 24 de abril de 2002). As citadas directivas xa foran obxecto dunha revisión en 2009 polas directivas 2009/136/CE e 2009/140/CE, do 25 de novembro de 2009. Co código, procédese á adopción dun novo acto xurídico que integra tanto modificacións de fondo ás directivas anteriormente en vigor como as disposicións dos devanditos actos normativos que permanecen inalteradas. O código consolida, por conseguinte, nun único texto as principais normas que resultarán de aplicación a nivel europeo aos servizos e redes de comunicacións electrónicas, sen prexuízo en todo caso das materias específicas que se atopan reguladas pola vía de regulamentos (directamente aplicables). O código viuse complementado coa adopción do Regulamento (UE) 2018/1971, do 11 de decembro de 2018, polo que se establecen o Organismo de Reguladores Europeos das Comunicacións Electrónicas (ORECE) e a Axencia de apoio ao ORECE (Oficina do ORECE).

¹⁰ Esta afirmación non é totalmente correcta, pois o Real decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores, recolle, no título IV, que consta dun único artigo noveno, unha modificación puntual e concreta do artigo 64.2 LXTT vixente, co fin de modificar a duración dos títulos habilitantes do uso do dominio público radioeléctrico con limitación de número. Como explica o preámbulo da norma, o artigo 49.2 do Código europeo das comunicacións electrónicas adopta como medida regulatoria dirixida a aumentar a previsibilidade dos investimentos para contribuir a un despregamento máis rápido das redes e a mellores servizos, a garantir a estabilidade para apoiar o comercio e o alugueiro do espectro radioeléctrico, así como a permitir a recuperación dos investimentos realizados, unha ampliación dos prazos mínimos de duración dos dereitos individuais de uso do espectro radioeléctrico con condicións harmonizadas. E o artigo 50 do dito código permite adicionalmente a renovación dos títulos habilitantes do uso do dominio público radioeléctrico. As medidas que introduce o código para incentivar a realización polos operadores de investimentos en redes de comunicacións electrónicas de alta capacidade afectan ao despregamento de redes fixas e móbiles, que requiren o uso do dominio público radioeléctrico. E, entre estas medidas regulatorias, e no que se refire de xeito particular ao uso do dominio público radioeléctrico, destaca a ampliación da duración das concesións demaniais: permite que os dereitos de uso do dominio público radioeléctrico poidan chegar a ter unha duración ilimitada e, no caso de que se fixe unha duración limitada, esta debe garantir un período mínimo inicial de 20 anos, sendo posible a súa prórroga. Como explica a propia norma, a "razón principal para incluír esta medida tan concreta e particular neste real decreto-lei e non esperar á culminación e aprobación da nova Lei xeral de telecomunicacións que traspoña na súa integridade o citado código, radica en que se vai convocar moi en breve unha nova licitación de concesións demaniais para o uso do dominio público radioeléctrico na banda de frecuencias de 700 MHz (provenientes do segundo dividendo dixital)".

¹¹ Aprobouse un anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións que pasou o trámite de información pública e foi obxecto de informe pola CNMC o 4 de decembro de 2020. A CNMC, no seu informe ao citado anteproxecto, en global valora de xeito positivo o seu contido e considera que incorpora de forma axeitada ao dereito español o código e outras normas ditas a nivel europeo. Erixese nun único texto integrado co fin de facilitar a aplicación da normativa sectorial de telecomunicacións a nivel nacional. Acordo da CNMC polo que se emite informe relativo ao anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións IPN/ CNMC/034/20.

¹² Unha evidencia de que, en ocasións, dereito e realidade levan camiños paralelos. DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy*, Prólogo de José Esteve Pardo, Iustel, Madrid, 2020, p. 24.

xustifican a atribución de competencias aos concellos en materia de comunicacións electrónicas. Para iso, cómpre acudir tanto á regulación de réxime local, á lexislación de telecomunicacións –como instrumentos para determinar o réxime xurídico aplicable á instalación das infraestruturas de telecomunicacións no ámbito local– como á importante doutrina xurisprudencial do TS ditada ata os nosos días¹³.

2 A intervención dos concellos na instalación de infraestruturas para a sociedade da información

2.1 Xustificación na normativa aplicable

Agora cuestionámonos a xustificación coa que contan os concellos, con carácter xeral, como Administración que goza de autonomía local constitucionalmente garantida (artigo 137 Constitución española, en diante CE), para intervir na instalación das infraestruturas necesarias en materia de telecomunicacións. Para iso, é preciso partir da análise da CE e da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL), e continuar co estudo das previsións consideradas na lexislación sectorial de telecomunicacións, máis aínda cando sabemos que o artigo 149.1.21 CE lle atribúe en exclusiva ao Estado as competencias sobre “telecomunicacións”. Pola súa banda, o artigo 149.1.27 CE asignele competencia en relación coas normas básicas do réxime de prensa, radio e televisión e, en xeral, de todos os medios de comunicación social, sen prexuízo das facultades que no seu desenvolvemento e execución lles correspondan ás comunidades autónomas. O primeiro dos títulos supón unha competencia exclusiva do Estado na ordenación do réxime xeral de telecomunicacións, mentres que o segundo permite articular o réxime de radiodifusión de acordo cun sistema de competencias compartidas entre o Estado e as comunidades autónomas¹⁴. Existe unha doutrina xurisprudencial relevante do TC sobre a delimitación constitucional de competencias entre Estado e comunidades autónomas en materia de telecomunicacións e radiodifusión, pois foi unha das cuestións sobre as que máis se pronunciou¹⁵.

¹³ Algúns traballos que analizaron a xurisprudencia nesta materia: MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, xullo-setembro 2002, pp. 405-431; GARCÍA GARRO, M.A., “La intervención local sobre las infraestructuras de telefonía móvil según nuestra jurisprudencia”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n. 114, 2012, pp. 36-40.

¹⁴ Deixamos a un lado o apartado 27 relativo aos medios de comunicación en xeral, ao exceder do noso obxecto de estudo, e centrámonos no apartado 21. En relación co marco constitucional das telecomunicacións: ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las Telecomunicaciones”, Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. e Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 4.ª ed., Ariel Derecho, Madrid, 1996, pp. 515 e ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e QUADRA-SALCEDO, T. (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 540; CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 211 e ss.; DE LA TORRE LLUCH, C. e BENZO SÁINZ, I., “Telecomunicaciones y medios de comunicación social”, Ballesteros Fernández, A. e Castro Abella, F. (coords.), *Derecho Local Especial*, vol. 2, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Madrid, 1999, pp. 349-383.

¹⁵ Mostra diso son as sentenzas do TC: 168/1993, do 27 de maio, que desestima os recursos de inconstitucionalidade promovidos polo Goberno de Canarias, a Xunta de Galicia e o Consello Executivo da Generalitat de Cataluña, respectivamente, contra determinados preceptos da Lei 31/1987, do 18 de decembro, de ordenación das telecomunicacións; 127/1994, do 5

Facemos fincapé sobre a declaración básica contida no artigo 149.1.21 CE, que lle atribúe a competencia exclusiva ao Estado en materia de telecomunicacións. Deste xeito, constitucionalmente a posibilidade normativa dos concellos aséntase sobre dous institutos xurídicos, que actúan de forma coordinada e conxunta: a autonomía local e os intereses locais. Ambos os dous resultan imprescindibles para comprender o sistema que deseña a CE de 1978.

Doutro lado, é lóxico que os concellos poidan aprobar ordenanzas que afecten á instalación de infraestruturas para a sociedade da información, ao teren atribuídas competencias específicas nas leis estatais ou autonómicas sobre outras materias que, non sendo as telecomunicacións, están de xeito estreito relacionadas con elas, como: urbanismo, protección do medio ambiente, saúde pública e seguridade pública e tributación por ocupación do dominio público (artigos 2.1¹⁶, 4.1 e 25.2 LBRL)¹⁷.

Especial interese reviste neste estudo, como veremos, o artigo 84 bis.2.2 da LBRL, tras a reforma última operada pola Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (LRSAL)¹⁸, que prevé a necesidade de norma con rango de lei para a existencia dunha autorización e a necesaria proporcionalidade.

Tampouco podemos perder de vista que os operadores de telecomunicacións, con base nos dereitos que lles outorga a lexislación sectorial de telecomunicacións, tratan de facer valer o seu dereito de ocupación do dominio público local fronte aos concellos, titulares deste. Pola súa banda, estes últimos deben velar polo pleno respecto dos intereses comúns e xerais que o concello representa e administra, e que, pola súa vez, veñen limitar ou condicionar os dereitos dos operadores que, en ningún caso son absolutos.

O seguinte paso será acudir á lexislación sectorial aplicable para lograr unha correcta interpretación do conxunto normativo que integra o noso ordenamento

de maio, en que o TC desestima os recursos de inconstitucionalidade interpostos polo Consello Executivo e o Parlamento de Cataluña, o Parlamento Vasco e 50 Deputados do Grupo Parlamentario Popular, contra diversos preceptos da Lei 10/1988, do 3 de maio, de televisión privada. Na doutrina remitímonos a: MARTI DEL MORAL, A. e DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., "La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión", *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, Madrid, 2003, pp. 537 a 563.

¹⁶ En idéntico modo maniféstase a Carta Europea da Autonomía Local, aprobada o 15 de outubro de 1985, cando establece o dereito das entidades locais a "exercer a súa iniciativa en toda materia que non estea excluída da súa competencia ou atribuída a outra autoridade" (artigo 4.2). Tamén contempla que as actuacións das entidades locais serán libres na determinación das súas necesidades e a súa consecución, salvo que estas materias "fosen excluídas da súa competencia ou atribuída a outra autoridade", pero non pola simple vontade do lexislador, senón sempre que esta, pola súa amplitude, natureza ou polas necesidades de eficacia ou economía, non poida ser exercida pola entidade local (artigo 4.3).

¹⁷ Dos artigos 2.1 e 25.1 LBRL deriva un recoñecemento da competencia universal dos concellos aos seus intereses. Trátase dunha cláusula xeral que consagra o principio de capacidade xeral do concello (correctamente diferenciado das súas competencias concretas). SANTAMARÍA PASTOR explica o significado da tese da "competencia universal do Concello", segundo o cal «este é unha persoa xurídica que, polo seu carácter natural, posúe unha capacidade omnicomprensiva, non susceptible de ser limitada ou circunscrita a tarefas concretas; o Concello está habilitado para facer todo, para levar a cabo calquera actividade, sempre e cando –claro está– esta tenda a satisfacer os intereses propios e específicos da respectiva comunidade local.» (SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 1144 e 1146).

¹⁸ Sobre a reforma de réxime local, a bibliografía é inabarcable. Polo seu interese resaltamos o libro colectivo que estuda o seu impacto en España e Italia: CARBONELL PORRAS, E. e PIPERATA, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles 2019.

xurídico. Agora ben, a operación de articular a lexislación xeral de telecomunicacións e a de réxime local en relación coa ocupación do dominio público local non resultou sinxela desde o principio¹⁹. Os problemas que xorden neste punto presentan elementos comúns á intervención administrativa xeral na economía e un deles é a necesidade de encontrar os títulos concretos para a acción administrativa²⁰.

O que resulta indubidable é que as telecomunicacións constitúen unha competencia exclusiva do Estado (artigo 149.1.21 CE), o cal non pode interpretarse no sentido de que as demais administracións públicas deban absterse de actuar na citada materia, sempre e cando exerzan algunha competencia propia que teña relación co dito título competencial. As competencias con que conta o Estado, sobre a base do precepto citado, afectan á regulación e ordenación dos servizos de telecomunicacións. Esta capacidade, en relación co dereito de ocupación do dominio público e a propiedade privada en materia de telecomunicacións, exerceuna o Estado mediante a aprobación da Lei 9/2014, do 9 de maio, xeral de telecomunicacións (LXTT), como lei sectorial que ordena a materia no seu conxunto. En particular, os artigos 29 a 38 recollen os “Dereitos dos operadores e despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas”. En especial, os “Dereitos dos operadores á ocupación do dominio público, a ser beneficiarios no procedemento de expropiación forzosa e ao establecemento ao seu favor de servidumes e de limitacións á propiedade” (artigos 29 a 33) e a “Normativa das administracións públicas que afecte ao despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas” (artigos 34 a 36)²¹. Pola súa banda, o anteproxecto de LXTT reforza algunhas das medidas relativas aos dereitos dos operadores no despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas, que, como afirma a CNMC, demostraron ser esenciais para promover o despregamento de redes de alta velocidade en España²².

A doutrina veu denunciando a falta de conexión da lexislación de telecomunicacións coa urbanística e a de réxime local²³. De aí que, neste ámbito, tivese un papel crucial a xurisprudencia do TS ditada a partir do ano 2000, que foi recollida na LXTT –primeiro na xa derogada de 2003 e agora na vixente de 2014– e veu aclarar a

¹⁹ Esta relación hoxe en día contéplase na LXTT, pero alá polo ano 2000 era máis complexa, pois, en termos de GONZÁLEZ GARCÍA, tratábase de dous ordenamentos xurídicos que se ignoraban reciprocamente (GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, Prólogo de Carmen Chinchilla Marín, Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 7, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 31).

²⁰ VILLAR PALASÍ mantén que «o gran problema do dereito administrativo consistiu desde os seus comezos no achado de títulos de potestade que lexitimaran a acción administrativa». Ademais, «a maior ou menor intensidade da actitude da potestade pública en relación coa economía depende non soamente de circunstancias de puro feito, do desenvolvemento natural da actividade económica, senón tamén das fórmulas políticas e da ideoloxía dominante en cada época sobre a finalidade que ao Estado incumbe» (VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 15 e 121).

²¹ Con anterioridade regulábase nos artigos 26 a 29 da xa derogada Lei 32/2003, do 3 de novembro, xeral de telecomunicacións. E antes no artigo 47 da derogada Lei 11/1998, do 24 de abril, xeral de telecomunicacións, e nos artigos 47 e seguintes do Real decreto 1736/1998, do 31 de xullo, polo que se aproba o Regulamento polo que se desenvolve o título III da LXTT no relativo ao servizo universal de telecomunicacións, ás demais obrigas de servizo público e ás obrigas de carácter público na prestación dos servizos e na explotación das redes de telecomunicacións.

²² Acordo do 4 de decembro de 2020 da CNMC polo que se emite informe relativo ao anteproxecto de Lei xeral de telecomunicacións IPN/CNMC/034/20.

²³ Por exemplo, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, cit., p. 31.

incerteza que había en canto á regulación desta materia, e, polo tanto, a súa aplicación polos tribunais de xustiza²⁴. Na actualidade, podemos afirmar que se dota o noso ordenamento xurídico dun marco normativo completo, regulador da intervención local nas telecomunicacións, mesmo cando seguen xurdindo dúbidas sobre a súa correcta aplicación e interpretación.

2.2 O papel dos concellos na súa regulación: doutrina xurisprudencial do Tribunal Supremo

Como afirmamos, con carácter previo á aprobación da LXTT de 2003, o panorama relativo ás posibilidades de intervención dos concellos nas telecomunicacións, e a súa potestade normativa na instalación de infraestruturas de telecomunicacións, tanto se se atendía á lexislación sectorial de telecomunicacións de 1998 como á xurisprudencia dos diversos tribunais superiores de xustiza na materia, resultaba, cando menos, incerto e pouco claro. Por iso, adquire un papel destacado a xurisprudencia do TS. En particular, as sentenzas do 24 de xaneiro de 2000, do 18 de xuño de 2001²⁵ e do 15 de decembro de 2003²⁶, que revisten especial interese, polo menos, ao seren os primeiros pronunciamentos do TS en casación ordinaria sobre a legalidade de determinadas ordenanzas locais que afectan á instalación de infraestruturas de telecomunicacións; en definitiva, sobre a potestade normativa dos concellos en telecomunicacións, e porque o TS, con esta xurisprudencia, diseña e vaticina unha

²⁴ Desde antigo, a doutrina verteu numerosas críticas sobre a regulación de telecomunicacións en 1998 relativas á escasa integración entre as lexislacións de telecomunicacións, a urbanística e a de réxime local, ao papel secundario que ocuparon as entidades locais nas ditas normas, e á imperfección técnica que a caracteriza, pois xeraba problemas polo modo en que acometeu a transposición do dereito comunitario do que traía causa GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, cit., p. 35. De igual xeito, fíxoo patente o propio TS, na Sentenza do 2 de febreiro de 2000, cando declarou a prevalencia do denominado Regulamento de Servizo Universal de 1998 (Real decreto 1736/1998, do 31 de xullo, polo que se aproba o Regulamento polo que se desenvolve o título III da Lei xeral de telecomunicacións no relativo ao servizo universal de telecomunicacións, ás demais obrigas de servizo público e ás obrigas de carácter público na prestación dos servizos e na explotación das redes de telecomunicacións) sobre a LXTT de 1998, pois adaptábase mellor ás disposicións comunitarias das cales as dúas normas traían causa. Sentenza do TS do 2 de febreiro de 2000, pola que se resolve o recurso formulado por Telefónica, S.A., contra o RSU de 1998. Un estudo crítico na doutrina desta sentenza pode consultarse en ESCOBAR ROCA, G., "El nuevo Derecho de las telecomunicaciones ante el Tribunal Supremo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, outubro-dicembro 2000, pp. 588 e ss. Malia o anterior, o certo é que, ao noso xuízo, a LXTT de 1998 continúa xa as relacións precisas dos distintos ámbitos normativos aquí implicados e contemplaba os concellos na súa xusta medida. En particular, recollía diversas mencións á lexislación urbanística e ao réxime local (artigos 44.3 e 45), aínda que non o facía de forma clara.

²⁵ Sentenza do 24 de xaneiro de 2000 (Sala Terceira, Sección Cuarta, casación n. 114/1994, relator: Fernández Montalvo), na cal o TS procede a axuizar unha ordenanza municipal aprobada polo Concello de Las Palmas de Gran Canaria do 20 de marzo de 1991 sobre calas e canalizacións, e Sentenza do 18 de xuño de 2001 (Sala Terceira, Sección Cuarta, casación n. 8603/1994, relator: Xiol Ríos), en que o TS axuiza a impugnación por Telefónica de España, S.A., da ordenanza de instalación de antenas que aprobou o Concello de Barcelona o 28 de setembro de 1990. En ambos os dous supostos, o TS confirma as sentenzas de instancia: Sentenza do TSX de Canarias do 9 de decembro de 1993, recurso n. 44/1992, e Sentenza do TSX de Cataluña do 26 de setembro de 1994, respectivamente. Na doutrina, un comentario pormenorizado destas dúas sentenzas do TS pode verse en: MARTI DEL MORAL, A., "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones", cit., pp. 405-431.

²⁶ Sentenza do TS do 15 de decembro de 2003 (Sala Terceira, Sección Cuarta, casación n. 3127/2001, relator: Fernández Montalvo), na que Telefónica Servicios Móviles, S.A., recorre contra a Sentenza do 14 de xullo de 2000, ditada pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Canarias, con sede en Las Palmas, no recurso n. 2916/97, en que se impugnaba unha ordenanza municipal sobre instalación de antenas, aprobada polo concello o 26 de setembro de 1997. Nesta ocasión, o TS vén ratificar e confirmar a xurisprudencia sentada coas dúas sentenzas previas (do 24 de xaneiro de 2000 e do 18 de xuño de 2001), pero non achega declaracións novas. O TS limitase a reproducir e facer remisións expresas aos pronunciamentos que la preceden.

doutrina na materia que será a que despois acolla o lexislador na LXTT de 2003, primeiro, e na de 2014, despois. Máis recentes, resaltamos as sentenzas do TS do 11 de febreiro de 2019²⁷, do 25 de xuño de 2019²⁸ e do 15 de outubro de 2019²⁹. Como veremos, os reiterados conflitos suscitados en relación con este tipo de ordenanzas municipais, desde unha perspectiva material, xiraron arredor de determinados ámbitos competenciais, imputándoselles a estas ter invadido competencias sanitarias ou de telecomunicacións propias do Estado.

En consecuencia, existe xa unha liña xurisprudencial que soluciona algunhas das controversias xurdidas e marca a actuación das administracións implicadas. O TS mantén que se trata dunha “doutrina fortemente consolidada e arraigada” (STS do 11 de febreiro de 2019, FX 4), que reconece a existencia de títulos competenciais de distinta natureza –sectoriais e transversais– que concorren ou converxen no mesmo ámbito físico entendido como territorio –solo, subsolo e voo–, con obxectos distintos e ata ás veces con distintas intensidades³⁰. Pola súa transcendencia, sintetizamos esta doutrina xurisprudencial sentada polo TS á hora de axuizar diferentes ordenanzas reguladoras destas instalacións nos seguintes dez apartados:

- Primeiro. A competencia exclusiva do Estado, en materia de telecomunicacións, refírese aos aspectos técnicos.

O Estado conta con competencia exclusiva sobre o réxime xeral das telecomunicacións (artigo 149.1.21 CE), que se cingue aos aspectos propiamente técnicos (tales como configuración e deseño técnico e despregamento da rede) e, polo tanto, non supón a regulación íntegra e global do fenómeno. O contrario suporía unha expansión estatal ilexítima doutras competencias autonómicas ou locais. Polo tanto, tampouco cabe que os concellos estendan a súa regulación a cuestións técnicas, baixo o pretexto de regular temas urbanísticos, protección do patrimonio histórico-cultural, medio ambiente ou salubridade pública. Así o reconeceu tamén o TC (SSTC 168/1993, 244/1993, 31/2010 e 8/2012), que analiza o problema da concorrencia competencial entre a competencia sectorial estatal en telecomunicacións e a autonómica noutros títulos transversais, aínda que tamén sexan exclusivos, desde o punto de vista da

²⁷ Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019 (Sección Quinta, casación n. 155/2019, relator: Octavio Juan Herrero Pina), na que Telefónica Móviles España, S.A., recorre contra a Sentenza do 7 de setembro de 2015, aclarada por auto do 10 de novembro de 2015, ditada polo Pleno da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Andalucía (Málaga) no recurso n. 767/2012, estimada en parte, na que se impugna a ordenanza municipal das condicións de instalación de equipos de radiocomunicación do 31 de agosto de 2012, aprobada polo Concello de Rincón de la Victoria.

²⁸ Sentenza do TS do 25 de xuño de 2019 (Sección Terceira, casación n. 2571/2016, relator: Eduardo Espín Templado), na que Vodafone España, S.A., recorre contra a Sentenza do TSX de Valencia do 25 de maio de 2016, que desestimou o recurso contencioso-administrativo 44/2013 contra a modificación da ordenanza sobre antenas de telefonía, radio e televisión do Concello de Paterna realizada por acordo do Pleno do 28 de novembro de 2012.

²⁹ Sentenza do TS do 15 de outubro de 2019 (Sección Quinta, casación n. 109/2017, relator: Fernández Montalvo), na que Vodafone España, S.A.U., recorre contra a Sentenza 757/2016, do 4 de abril de 2016, ditada pola Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Andalucía (Sala de Málaga), en recurso contencioso-administrativo 800/2012, sobre aprobación polo Pleno do Concello de Rincón de la Victoria (Málaga) da ordenanza municipal reguladora das condicións urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación (BOP do 31 de agosto de 2012). Vodafone esgrime varios motivos de impugnación e solicita a nulidade da ordenanza ao ter sido aprobada incumprindo o procedemento legalmente establecido, pois aprobouse sen solicitar o informe preceptivo e vinculante sectorial de telecomunicacións exixido polo artigo 26 da LXTT. Finalmente, o TS estima o recurso, anula a sentenza previa e a citada ordenanza.

³⁰ O TS refírese á liña xurisprudencial xurdida a partir das SSTS de 22 de marzo de 2011, 12 de abril de 2011 e 14 de xullo de 2011 sobre a concorrencia competencial en materia das telecomunicacións.

extensión e o alcance de cada unha das regulacións que converxen nun mesmo ámbito físico (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

- Segundo. A dita competencia estatal supón un ámbito infranqueable que non pode ser desvirtuado polos concellos.

A competencia exclusiva estatal no sector das telecomunicacións determina un ámbito propio infranqueable de regulación (e execución) sobre o ámbito físico, incluso cando poidan condicionarse outros títulos competenciais, mesmo tamén exclusivos doutras administracións. Esta competencia exclusiva estatal non pode pasarse por alto ou quedar desvirtuada polo exercicio que realicen as corporacións locais, logo de habilitación legal, pois existe un interese xeral subxacente na prestación do servizo de telefonía móbil que debe preservar o Estado (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

- Terceiro. Esta competencia estatal non anula nin exclúe a dos concellos.

A competencia do Estado en materia de telecomunicacións non anula nin exclúe a dos concellos, xa que, en calquera caso, estes teñen a xestión dos seus respectivos intereses derivados do recoñecemento legal deles, e dentro da habilitación estatal e autonómica que se lles outorgue, segundo deriva do artigo 137 CE e dos artigos 4.1.a) e 25.2 LBRL: os concellos gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses. Tales intereses plásmanse en títulos competenciais transversais, como a ordenación do territorio e urbanismo, ou protección do medio ambiente, e cuxo exercicio se concreta nas condicións e exixencias que imponen para situar e establecer instalacións e infraestruturas de telefonía móbil³¹.

- Cuarto. Os concellos poden aprobar ordenanzas no ámbito de telecomunicacións para os efectos da instalación e localización das infraestruturas.

Non cabe dúbida ningunha da capacidade dos concellos de aprobar ordenanzas no sector das telecomunicacións, no exercicio das súas competencias e no marco que a lexislación estatal e autonómica prefixaron, para os efectos da instalación e localización de infraestruturas e equipos de telefonía móbil (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

- Quinto. Estas ordenanzas poden incluír restricións ou condicións.

Os concellos, nas súas ordenanzas, poden establecer condicións para as novas redes de telecomunicacións e contemplar exixencias para as súas instalacións, aínda que os operadores de telecomunicacións teñen recoñecido o dereito de ocupación de propiedade privada e de dominio público *ex lege*, nos artigos 29 e ss. LXIII. Estas exixencias impostas polos concellos, en atención aos intereses cuxa xestión lles encomenda o ordenamento, deben ser conformes a este, e non poden supor restricións absolutas ao dereito dos operadores a establecer as súas instalacións. De feito, o axuízamento das ordenanzas nesta materia debe facerse en cada caso á luz de principios como o de proporcionalidade, o que implica un xuízo sobre a idoneidade, utilidade e correspondencia intrínseca da limitación que se faga ao dereito do operador e sobre o interese público que se intenta preservar.

³¹ Sentenzas do TS do 11 de febreiro de 2019 (FX 4) e do 25 de xuño de 2019 (FX 3).

- Sexto. Estas ordenanzas non poden incluír normas adicionais de protección da saúde pública, pois xa están fixadas a nivel estatal.

Os concellos non contan con marxe de regulación mediante ordenanzas para adoptar normas adicionais de protección da saúde pública, ao abeiro do artigo 25.2 h) LBRL, máis estritas que as fixadas pola normativa estatal básica en relación cos límites de emisión radioelétrica e na fixación de distancias mínimas ás correspondentes infraestruturas.

O TS afirmou que o Estado xa regulou, de forma completa e esgotada, as medidas de protección sanitaria fronte aos niveis tolerables de exposición e estas emisións mediante o RD 1066/2001, do 28 de setembro, e a Orde de desenvolvemento CTE/23/2002, do 11 de xaneiro. Nas ditas normas o Estado fixa os límites de exposición ás zonas nas que poidan permanecer habitualmente persoas, con carácter básico, segundo se desprende do artigo 14.9.16 CE e dos artigos 18, 19, 41 e 40 da Lei xeral de sanidade. O Estado establece eses límites con vocación de uniformidade e xeneralidade para todo o territorio nacional e materializa o principio de precaución recollido na Recomendación do Consello da Unión Europea 1999/519 EC, relativa á exposición ao público en xeral aos campos electromagnéticos. En consecuencia, a xuízo do TS, estes límites non poden ser superados por unha pretendida competencia dos concellos para a maior protección sanitaria, pois o sistema de protección contemplado na normativa estatal xa contén os mecanismos precisos (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 4).

En relación coa protección da saúde e a posible incidencia nela das antenas de telefonía e radiotelevisión, atopamos numerosas sentenzas respecto de ordenanzas municipais sobre antenas de telefonía, radio e televisión³². Nelas o TS recorda que o Estado, por medio do Real decreto 1066/2001, no exercicio das súas competencias en materia de sanidade e telecomunicacións, está a configurar un procedemento para a determinación dos niveis de emisión radioelétrica tolerable, para a súa actualización conforme o progreso científico e para o control do cumprimento polos operadores destes niveis de emisión a través dun sistema de autorización, seguimento, inspección e control en que se entrelazan aspectos sanitarios e aspectos de telecomunicacións. O TS estima que a regulación dos niveis de emisión persegue unha uniformidade que responde a un claro interese xeral, dun lado, porque os niveis tolerables para a saúde deben selo para todos os cidadáns por igual e, doutro, porque estes operan como presuposto do exercicio das competencias estatais en materia de telecomunicacións e, en concreto, do exercicio das facultades de autorización, seguimento e inspección das instalacións radioelétricas. Á vez, tales niveis de emisión fixados polo Estado funcionan como un elemento determinante do réxime xurídico dos operadores de instalacións de radiocomunicación e da funcionalidade do mercado das telecomunicacións, asegurando a súa unidade. En definitiva, a través do Real decreto 1066/2001, o Estado estableceu unha regulación que ofrece, para todo o ámbito

³² Un estudo sobre o impacto visual e as antenas pode consultarse en: MOLINA GIMÉNEZ, A., *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico: Análisis de los impactos visuales y radioeléctricos en las comunicaciones móviles*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2002.

nacional, unha solución de equilibrio entre a preservación da protección da saúde e o interese público ao que responde a ordenación do sector das telecomunicacións. O exercicio polo Estado das súas competencias neste eido (a adopción das pertinentes medidas sanitarias fronte aos riscos derivados da exposición da poboación a emisións radioelétricas) representa para os concellos un límite ao exercicio das competencias que a eles lles poderían corresponder en virtude dos artigos 25.2 h e 28 LRBRL.

En consecuencia, segundo o TS, nin o principio de autonomía local que garante o artigo 140 CE nin o principio de subsidiariedade da acción dos entes locais que recoñece o artigo 28 LRBRL, entre outros campos no da sanidade, se pode invocar cando o Estado, no exercicio das súas competencias e velando polos intereses xerais que a el lle corresponden, estableceu unha regulación sobre a mesma materia á que sen dúbida ningunha pode atribuírse unha vocación de exclusividade, como sucede co RD 1066/2001, que esgota as medidas que se poidan tomar baseadas no principio de precaución e impiden calquera actuación local adoptada con base no mesmo título habilitante.

O TS admite que nos atopamos ante unha competencia configurada como estatal e no seu exercicio o Estado procurou este réxime de intervención mínima. Polo tanto, unha intromisión dos concellos neste sentido atacaría frontalmente o principio de intervención mínima que vén auspiciado pola Administración estatal competente. Unicamente resultará lexítimo aos concellos incorporar estes elementos de control se esta intervención atopa xustificación suficiente na necesaria salvagarda ou compatibilización dunha competencia propia, pero non naqueles casos en que os elementos carezan de conexión na defensa dun interese propio ou resulten desproporcionados ao fin perseguido³³.

- Sétimo. Posibilidade de que as ditas ordenanzas fixen restricións respecto da situación xeográfica das antenas.

A posibilidade de que as ordenanzas locais establezan restricións desde o punto de vista da localización xeográfica á instalación de antenas no termo municipal foi examinada pola xurisprudencia do TS³⁴.

O TS recorda que o risco que pode ocasionar á saúde a exposición prolongada a radiacións electromagnéticas é un tema que produciu unha gran preocupación á sociedade. Nese contexto aprobouse o Real decreto 1066/2001, que establece uns límites máximos de emisión e recolle os criterios de protección sanitaria fronte a campos electromagnéticos procedentes de emisións radioelétricas, fixados na Recomendación do Consello de Europa do 12 de xullo de 1999, relativa á exposición ao público en xeral aos campos electromagnéticos. O TS advirte que o feito de que este risco, xerado polos campos electromagnéticos procedentes de emisións radioelétricas, non poida ser considerado pechado desde un punto de vista científico levou os concellos a impor medidas adicionais de protección nesta materia, ben exixindo límites ou condicións complementarios aos establecidos no citado Real decreto

³³ A Sentenza do TS do 25 de xuño de 2019 (FX 3) remite á do 11 de febreiro de 2013 (rec. 4490/2007) e a STC 8/2012, do 18 de xaneiro.

³⁴ Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5.

1066/2001, ben establecendo distancias de protección fronte a determinadas zonas sensibles (colexios, hospitais, parques e xardíns públicos) fixando unhas áreas de seguridade en que non se permita a instalación de estacións emisoras de radiacións electromagnéticas, cunha finalidade preventiva.

A cuestión que xorde é qué sucede cando tal prohibición, pola súa intensidade, impide o dereito dos operadores do sector a prestar o servizo no termo municipal. Para resolvelo, o TS remite á súa doutrina anterior nesta materia³⁵ e matiza que a lei prohíbe articular unha restrición absoluta do dereito dos operadores a establecer as súas instalacións no municipio³⁶.

- Oitavo: Posibilidade de que estas ordenanzas exixan a presentación previa dun plan de implantación de infraestruturas.

O TS reitera a doutrina da sala ao respecto³⁷ e recorda que, co fin de racionalizar o uso do dominio público e reducir o impacto negativo sobre o medio ambiente, con frecuencia, numerosas ordenanzas locais exixen aos operadores a presentación ante o concello dun plan técnico de implantación, cuxa aprobación polo concello é un presuposto para que as distintas empresas poidan obter licenzas de obras ou de funcionamento. Para o TS, a exixencia deste plan técnico previo preséntase coa finalidade de garantir unha boa cobertura territorial mediante a disposición xeográfica da rede e a axeitada localización das antenas e a pertinente protección dos edificios ou conxuntos catalogados, vías públicas e paisaxe urbana. Estas materias están estreitamente relacionadas coa protección dos intereses locais citados. Por iso, o TS non considera desproporcionada a exixencia dunha planificación das empresas operadoras que examine, coordine e mesmo aprrobe o concello.

En definitiva, trátase dunha exixencia relativa á implantación do servizo, que se xustifica pola finalidade de garantir a protección dos intereses locais e, por iso, tamén resulta exixible, polas mesmas razóns e co mesmo obxecto, a comunicación da modificación do plan ao concello. E á inversa, a alteración ou modificación das circunstancias urbanísticas xustifican o requirimento polo concello á operadora para a presentación dun plan actualizado, é dicir, axeitado á situación real da ordenación municipal (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5).

- Noveno. Posibilidade de que as ordenanzas exixan a obtención de licenzas previas á ocupación ou mesmo a necesidade de acreditar a conformidade previa á ocupación do titular do terreo.

³⁵ Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5, que se remite á súa doutrina previa: Sentenza do 18 de xuño de 2001, rec. 8603/1994, do 17 de novembro de 2009, rec. 5583/2007, do 14 de setembro de 2010, rec. 5475/2005 e do 4 de maio de 2010, rec. 4801/2006.

³⁶ De forma que, a xuízo do TS, "a interdicción de establecer restricións absolutas ao dereito de ocupación do dominio público ou privado dos operadores a que alude o artigo 29.5 non debe ser interpretada no sentido de que deba garantirse, sequera alternativamente, o dereito dos operadores á ocupación de cada franxa ou porción, ben do dominio público, ben do dominio privado (...). En tal caso, as competencias municipais que se proxectan sobre o campo das telecomunicacións, en especial a urbanística, sanitaria e ambiental, veríanse claramente recortadas, impedíndolle *de facto* establecer prohibicións ao establecemento de instalacións sobre zonas determinadas. Debemos entender, pola contra, que a prohibición de establecer restricións absolutas se refire, ben á imposibilidade de prestar axeitadamente o servizo en determinada zona ou lugar, ben á posibilidade de prestalo só en condicións de gravosidade desproporcionada en relación cos beneficios que a restrición poida reverter aos intereses municipais" (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5).

³⁷ Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5, remítase á súa doutrina previa: Sentenza do 22 de febreiro de 2011 (rec. 4212/2008), Sentenza do 4 de maio (recurso de casación 4801/2006) e do 5 de outubro de 2010 (rec. 5973/2006).

Outra cuestión controvertida é a viabilidade de que nestas ordenanzas se estableza a suxeición a licenza das instalacións do servizo de telecomunicación, a cal foi confirmada pola xurisprudencia, como veremos separadamente, polo seu interese e complexidade, na seguinte epígrafe³⁸.

Doutro lado, algunhas ordenanzas municipais previron, para obter a licenza municipal, a necesidade de acreditar a conformidade do titular do terreo ou predio sobre o que se situará a instalación. Ao respecto, o TS afirmou que a lexislación xeral de telecomunicacións, no artigo 31 LXTT, recolle as condicións en que os operadores titulares de redes públicas de telecomunicacións poden exixir que se lles permita a ocupación da propiedade privada, cando iso resulte necesario para a instalación da rede, prevendo para iso dous instrumentos xuridicamente hábiles para a ocupación: a expropiación forzosa e a declaración de servidume forzosa de paso da infraestructura de redes públicas de telecomunicacións. Polo tanto, á luz destas previsións, o TS entende que exixir aos operadores contar coa conformidade do titular do terreo supón contradicir o carácter imperativo con que se impón a ocupación a este, de conformidade coa lexislación estatal, sen prexuízo de axeitado resarcimento mediante a expropiación forzosa. Algo similar sucede con algunhas cláusulas destas ordenanzas locais que consideran a obtención previa dun acordo da comunidade de propietarios ou dun contrato co propietario do inmovible. En definitiva, o TS estima que tales cláusulas supoñen a introdución de obstáculos ao dereito dos operadores á ocupación do dominio privado de cara á prestación do servizo (Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5)³⁹.

- Décimo. Necesidade de solicitar o informe previo e vinculante do Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo.

A LXTT, agora no artigo 35 LXTT –anterior artigo 26.2 LXTT de 2003–, recolle unha serie de mecanismos de colaboración entre o Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo e as administracións públicas para o despregamento das redes públicas de comunicacións electrónicas. Así, os órganos encargados dos procedementos de aprobación, modificación ou revisión dos instrumentos de planificación territorial ou urbanística que afecten ao despregamento das redes públicas de comunicacións electrónicas deberán solicitar un informe do Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo. O informe é de carácter preceptivo e vinculante e será previo á aprobación

³⁸ Sentenza do TS do 11 de febreiro de 2019, FX 5, remítese á Sentenza do 18 de xaneiro de 2011 (rec. 11220/2004), que se refire á posibilidade de que os concellos poidan someter a instalación de elementos destinados a servir ás telecomunicacións no seu termo municipal á exigencia de licenza de actividade, con remisión ás sentenzas do 4 de maio de 2010 (rec. 4801/2006) e 17 de novembro de 2010 (rec. 2345/2005).

³⁹ O TS, con motivo da análise das licenzas de funcionamento ou de utilización, nalgunhas das ordenanzas reguladoras en materia de telecomunicacións, diferenciou entre a potestade normativa do concello en materia de telecomunicacións e as súas potestades de policía, que lle permite exercer un control sobre a actividade, para preservar os cidadáns cando as instalacións ou o seu funcionamento fosen perigosos ou ameazasen selo para a seguridade ou a salubridade públicas, aínda que se atope regulada no ámbito estatal ou autonómico. O control e inspección das instalacións amparadas nas ditas licenzas terán por obxecto verificar se se seguen mantendo as condicións baixo as cales aquelas licenzas foron outorgadas. En definitiva, trátase dun control municipal da utilización da instalación conforme a licenza de obras concedida, cuxa competencia ten atribuída o concello conforme o previsto no Regulamento de disciplina urbanística da Comunidade Autónoma de Andalucía, aprobado polo Decreto 60/2010, do 16 de marzo. O TS na Sentenza do 11 de febreiro de 2019, FX 5, remítese á doutrina previa: a Sentenza do 18 de novembro de 2011 (rec. 11220/2004), a do 10 de xaneiro de 2007 (rec. 4051/2004) e a do 3 de abril de 2007 (rec. 5193/2004).

do instrumento de planificación de que se trate e versará sobre a adecuación dos ditos instrumentos de planificación coa normativa sectorial de telecomunicacións e sobre as necesidades de redes públicas de comunicacións electrónicas no ámbito territorial a que se refiran. O TS admite que o trámite de informe citado é exixible, á marxe de constituír un instrumento axeitado para a obrigada coordinación competencial.

O TS é coñecedor dos conflitos competenciais xurdidos como consecuencia do exercicio das competencias urbanísticas e ambientais, dunha parte, e das de sanidade e telecomunicacións, doutra, así como da dificultade existente para o establecemento de límites claros⁴⁰. Por iso, a xuízo do tribunal, nin a Administración xeral do Estado pode impor, sen máis, as redes de comunicación sen tomar en consideración as características urbanísticas e ambientais, á marxe das sanitarias, de cada concello, nin estes están lexitimados para establecer limitacións, ao abeiro de competencias autorizatorias, urbanísticas ou ambientais, ás redes estatais de comunicación. E iso porque tanto unhas como outras competencias van encamiñadas á protección dos intereses xerais.

Neste contexto, a exixencia do informe do ministerio competente, a xuízo do TS, preséntase como un instrumento eficaz e necesario para a coordinación das administracións implicadas. O TS rexeita unha interpretación, semántica e literal, do contido e alcance do concepto “instrumentos de planeamento e de ordenación territorial”⁴¹.

Unha vez que coñecemos os títulos que habilitan os concellos a intervir na instalación de infraestruturas de comunicacións electrónicas, pasamos a analizar se poden introducir limitacións ou restricións aos operadores exixindo, nas ordenanzas reguladoras, a obtención dunha autorización ou licenza previa.

regap



ESTUDIOS

⁴⁰ A iso contribuíu a xurisprudencia: STS do 29 de xaneiro de 2013, recurso n. 4490/2007 e STC 8/2012, do 18 de xaneiro

⁴¹ A Sentenza do 15 de outubro de 2019 (FX 6) remite ás SSTS do 9 e do 22 de marzo de 2011, recursos 3037/2008 e 1845/2006, respectivamente, e sostén que os instrumentos de planificación territorial ou urbanística deberán recoller as necesidades de establecemento de redes públicas de telecomunicacións, sinaladas nos informes elaborados nese trámite polo órgano estatal competente e atendendo á finalidade e contido da norma para proceder á interpretación do concepto instrumentos de planeamento, e tomando en consideración o denominado “realismo xurídico”. O TS admitiu que o importante, para estes efectos, non é a denominación formal do instrumento xurídico, senón a súa natureza, finalidade e contido real (Sentenza do TS do 27 de maio de 2008, recurso de casación n. 5748/2005), o determinante para requirir a emisión dese informe será que, a través da iniciativa autonómica ou municipal concernida con independencia da súa caracterización ou presentación formal, se pretenda introducir unha ordenación xurídica con repercusión sobre a ordenación territorial e urbanística, que como tal incida directamente na esfera de intereses que xustamente quere protexer e salvagardar a atribución competencial a favor do Estado en materia de telecomunicacións.

3 A non existencia de licenzas previas á instalación de redes como principio xeral e a recuperación da unidade de mercado

3.1 O sometemento das comunicacións electrónicas como actividade económica á LGUM e a eliminación de autorizacións previas como regra xeral

Tras a aprobación da Directiva servizos, Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello⁴², e as súas leis de transposición no noso ordenamento xurídico, como a Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, e a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado (LGUM), non hai dúbida de que as telecomunicacións, como actividade económica, se inclúen no ámbito da citada lei⁴³. En particular, a propia LGUM recolle unha definición de “actividades económicas” como calquera actividade de carácter empresarial que supoña a ordenación por conta propia dos medios de produción, dos recursos humanos, ou ambos os dous, coa finalidade de intervir na produción ou distribución de bens ou na prestación de servizos (anexo, apartado b) e establece que será de aplicación ao acceso de actividades económicas en condicións de mercado e o seu exercicio por parte de operadores legalmente establecidos en calquera lugar do territorio nacional (artigo 2 LGUM). Polo tanto, a prestación de servizos de telecomunicacións e o despregamento de redes de comunicacións electrónicas constitúen actividades económicas e como tales se inclúen no ámbito de aplicación da LGUM⁴⁴.

Nesta materia resaltamos os artigos 5 e 17 LGUM, que consagran os principios de necesidade e de proporcionalidade das actuacións das autoridades competentes, e a

⁴² Sobre a Directiva servizos e a súa transposición ao noso ordenamento xurídico, escribiuse moito. En relación coas autorizacións previas e as comunicacións previas e declaracións responsables, pode consultarse GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 11, outubro 2010, pp. 255-293.

⁴³ Sobre a LGUM pódense consultar numerosos traballos, entre outros: MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 11 e ss.; REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 23 e ss.; TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, 2014, pp. 163 e ss.; CASARES MARCOS, A.B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 831-919; PADRÓS I REIG, C. e MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, pp. 113 e ss.; RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura Pública*, n. 86, 2014, pp. 42-43; SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015, pp. 142 e ss.; REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015, pp. 91-146; e CASARES MARCOS, A.B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, López Ramón, F. (coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, Madrid, 2016, pp. 523 e ss.

⁴⁴ PENSADO SEIJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 36, maio 2016, pp. 34-36.

súa instrumentación, como garantía ao libre establecemento e circulación. Trátase de dous preceptos esenciais, pois supoñen a limitación máis xeral a todos os poderes públicos infraestatais. Así, en canto á posibilidade de impor límites ao acceso a unha actividade económica ou ao seu exercicio, ou á existencia de requisitos para o desenvolvemento dunha actividade, o artigo 5 LGUM consagra que as autoridades competentes, no exercicio das súas respectivas competencias, motivarán a súa necesidade na salvagarda dalgunha razón imperiosa de interese xeral de entre as comprendidas no artigo 3.11 da Lei 17/2009. Ademais, calquera límite ou requisito que se fixe “deberá ser proporcionado á razón imperiosa de interese xeral invocada, e deberá ser tal que non exista outro medio menos restritivo ou distorsionador para a actividade económica”. Polo tanto, só se admitirán límites á liberdade de empresa por determinadas razóns imperiosas de interese xeral que están taxadas⁴⁵, e son as que se enumeran no artigo 3.11 da Lei 17/2009⁴⁶.

Así pois, a LGUM toma a súa base no dereito europeo, pero transfórmao: podemos afirmar que o artigo 5.1 LGUM vai máis lonxe da simple preservación da unidade de mercado, pois impón límites a calquera restrición ás liberdades económicas, e o que pretende é reforzar a liberdade de empresa ou a libre iniciativa económica, de forma que restrinxen calquera posibilidade do lexislador de limitar o seu exercicio⁴⁷.

Doutro lado, en canto ao sometemento a autorización, o artigo 17 LGUM admite a súa existencia “sempre que concorran os principios de necesidade e proporcionalidade, que se deberán motivar suficientemente na lei que estableza o dito réxime”. Ademais, cando o réxime de autorización se exixa por norma comunitaria ou tratado internacional, as autorizacións poderán estar previstas nunha norma de rango inferior á lei. A LGUM entende que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para a existencia dunha autorización nos seguintes supostos: 1. En relación cos operadores económicos, cando estea xustificado por razóns de orde pública, seguridade pública, saúde pública ou protección do medio ambiente no lugar concreto onde se realiza a actividade, e estas razóns non se poidan salvagardar

Regap



ESTUDIOS

⁴⁵ Trátase de protexer uns cantos intereses elixidos polo mesmo lexislador estatal e calquera outro interese xeral queda proscribido como posible xustificación de límites ás liberdades económicas, como posible finalidade das restricións a esas liberdades, e iso con independencia de que supoñan ou non trabas para a libre circulación ou unidade de mercado. Así pois, aínda que a lista das razóns imperiosas de interese xeral é ampla, tamén é certo que é moito o que queda fóra dela. REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, cit., pp. 23 e ss.

⁴⁶ Esta lei afirma que é “Razón imperiosa de interese xeral: razón definida e interpretada a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, limitadas as seguintes: a orde pública, a seguridade pública, a protección civil, a saúde pública, a preservación do equilibrio financeiro do réxime de seguridade social, a protección dos dereitos, a seguridade e a saúde dos consumidores, dos destinatarios de servizos e dos traballadores, as exixencias da boa fe nas transaccións comerciais, a loita contra a fraude, a protección do medio ambiente e do contorno urbano, a sanidade animal, a propiedade intelectual e industrial, a conservación do patrimonio histórico e artístico nacional e os obxectivos da política social e cultural” (artigo 3.11 Lei 17/2009).

⁴⁷ A xuízo de REBOLLO PUIG, o que a LGUM presenta como principio de necesidade non é ao que se lle chamou así de xeito tradicional. De forma que, segundo o autor, a necesidade de que antes se falaba era unha parte do principio de proporcionalidade e solo significaba que a medida adoptada, aínda que fose restritiva dalgunha liberdade ou da unidade de mercado, debía ser a menos restritiva das adecuadas para conseguir a finalidade perseguida. Polo tanto, a necesidade comportaba que, partindo de calquera finalidade lícita, se elixise a menos restritiva. Co principio de necesidade agora coa LGUM introduciuse unha idea nova e distinta: unha limitación ás finalidades que pode perseguir mesmo o lexislador para limitar a liberdade económica. REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, cit., pp. 23-33. Tamén pode consultarse, entre outros: FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 124.

coa presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación previa; 2. Respecto ás instalacións ou infraestruturas físicas necesarias para o exercicio de actividades económicas, cando poidan xerar danos sobre o medio ambiente e o contorno urbano, a seguridade ou a saúde pública e o patrimonio histórico-artístico, e estas razóns non poidan salvagardarse mediante a presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación; 3. Cando o número de operadores económicos do mercado sexa limitado debido: á escaseza de recursos naturais, á utilización de dominio público, á existencia de inequívocos impedimentos técnicos ou en función da existencia de servizos públicos sometidos a tarifas reguladas; 4. Cando a normativa da Unión Europea ou tratados e convenios internacionais así o contemple, incluíndo a aplicación, se é o caso, do principio de precaución. Ademais, as inscricións en rexistros con carácter habilitante terán para todos os efectos o carácter de autorización.

A LGUM somete a condicións de necesidade o establecemento de declaracións responsables e de comunicacións previas. O artigo 17 prevé que se considerará que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para exixir a presentación dunha declaración responsable para o acceso a unha actividade económica ou o seu exercicio, ou para as instalacións ou infraestruturas físicas para o exercicio de actividades económicas, “cando na normativa se exixa o cumprimento de requisitos xustificadas por algunha razón imperiosa de interese xeral e sexan proporcionados”. Ademais, as autoridades competentes poderán exixir a presentación dunha comunicación cando, “por algunha razón imperiosa de interese xeral, tales autoridades precisen coñecer o número de operadores económicos, as instalacións ou as infraestruturas físicas no mercado”⁴⁸. Con carácter xeral, as autoridades competentes velarán por minimizar as cargas administrativas soportadas polos operadores económicos, de maneira que, unha vez aplicado o principio de necesidade e proporcionalidade de acordo co previsto no artigo 17 LGUM, elixirán un único medio de intervención, “ben sexa a presentación dunha comunicación, dunha declaración responsable ou a solicitude dunha autorización”.

En definitiva, a LGUM supón unha restrición importante para os concellos á hora de aprobar normas neste sentido. Mostra diso son as sentenzas da AN do 26 de xuño de 2018⁴⁹ e do 2 de novembro de 2018⁵⁰ nas cales se estiman recursos contencioso-administrativos contra ordenanzas⁵¹ que prevían a existencia de autorizacións pre-

⁴⁸ Parece que o que pretende o lexislador é poder contar cos datos imprescindibles para poder exercer o control *ex post* (PERNAS GARCÍA, J.J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 461 e ss.).

⁴⁹ Recurso contencioso-administrativo n. 204/2015 tramitado como procedemento da LGUM contra os artigos X.1.3 apartado O; X.1.5. 2-A apartado I), do título X das ordenanzas do Concello de Hernani publicadas no BOP 228 do 28 de novembro de 2014.

⁵⁰ Recurso contencioso-administrativo n. 206/15 tramitado como procedemento da LGUM contra determinados preceptos (artigos 10.5 e 6, 12.3 e 38.7) da ordenanza de paisaxe urbana de Santa Cruz de Tenerife do 6 de xuño de 2014.

⁵¹ No mesmo sentido pronúnciase a AN na Sentenza do 8 de xuño de 2019, recurso contencioso-administrativo n. 278/2016 tramitado como procedemento da LGUM. Trátase doutra sentenza de grande interese da AN, na cal aquí non nos detemos porque non impugna unha ordenanza local, senón que o seu obxecto é a revisión dun PXOU. Nela, a AN estima o recurso contra a Resolución do Conselleiro de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio de Andalucía do 20 de abril de 2016, pola que se desestima a reclamación do artigo 26 LGUM da Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnoloxías da Información, Telecomunicacións e Contidos Dixitais (AMETIC) e determinados preceptos do Plan Xeral de Ordenación Urbana de Jaén, na

vias á instalación de infraestruturas de comunicacións electrónicas. O feito, polo tanto, de que algunhas ordenanzas locais sometan as instalacións de infraestruturas da sociedade da información a un réxime de autorización previa veu sendo polémico⁵². Tamén suscitaron discusión as ordenanzas reguladoras de instalacións radioelétricas que fixan límites aos niveis de emisión radioelétrica⁵³.

3.2 Cando poden substituír os concellos a exigencia de autorizacións previas por declaracións responsables aos operadores?

A LXTT persegue, como un dos seus principais obxectivos, o de “recuperar a unidade de mercado no sector das telecomunicacións”. Para iso, a lei establece procedementos de coordinación e resolución de conflitos entre a lexislación sectorial estatal e a lexislación das administracións competentes, ditada no exercicio das súas competencias, que poida afectar ao despregamento de redes e á prestación de servizos. Co mesmo fin, preténdese “unha simplificación administrativa, eliminando licenzas e autorizacións, por parte da administración das telecomunicacións, para determinadas categorías de instalacións que fan uso do espectro. Na mesma liña, prevese unha revisión das licenzas ou autorizacións por parte das administracións competentes, eliminando a súa exixibilidade para determinadas instalacións en propiedade privada ou para a renovación tecnolóxica das redes, e facilítase o despregamento das novas redes permitindo o acceso ás infraestruturas doutros sectores económicos susceptibles de seren utilizadas para o despregamento de redes de comunicacións electrónicas” (preámbulo da LXTT).

Todos estes criterios de liberalización do sector, libre competencia, de recuperación da unidade de mercado e de redución de cargas procuran achegar seguridade

Regap



ESTUDIOS

versión revisada publicada no *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* (BOJA) número 37, do 24 de febreiro de 2016, mediante Orde do 3 de febreiro de 2016 da Consellaría andaluza de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio. Finalmente, a AN anula a citada resolución e os preceptos impugnados do PXOU por non seren conformes a dereito.

⁵² Esta cuestión foi controvertida e así o manifestou a doutrina, entre outros: LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 31, maio-agosto de 2002, pp. 107 a 145; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008, pp. 177-232; PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, setembro-diciembre de 2009, pp. 217-218; RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, maio 2010, pp. 127-128; PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, n. 14, 2010, pp. 635-663; CHOLBI CACHÁ, F. e MERINO MOLLINS, V., “Comentario crítico sobre la Directiva de servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 7, 2010, pp. 1035-1065.

⁵³ Un estudo detallado dos informes da Secretaría do Consello para a Unidade de Mercado (en diante, SECUM) ante reclamacións realizadas por asociacións de empresarios de telecomunicacións fronte a ordenanzas reguladoras de instalacións de infraestruturas de telecomunicacións: 1) ordenanzas locais que sometan as instalacións de comunicacións electrónicas a un réxime de autorización previa (é o caso da ordenanza de Santa Cruz de Tenerife e de Hernani); 2) ordenanza reguladora de instalacións radioelétricas que fixa límites aos niveis de emisión radioelétrica (refírese á ordenanza de Vitoria-Gasteiz) pode consultarse en DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, outubro-diciembre 2016, pp. 190-223.

xurídica aos operadores e crear as condicións necesarias para a existencia dunha competencia efectiva.

Podemos afirmar que, en consecuencia, a LXTT de 2014 parte da non existencia de licenzas, autorizacións previas de instalación, funcionamento, de actividade ou de carácter ambiental ou outras licenzas ou aprobacións de carácter similar ás instalacións de infraestruturas de telecomunicacións. Estas licenzas foron substituídas por declaracións responsables, como deriva da lexislación sectorial aplicable, en particular do artigo 34.6 e 7 LXTT e da LGUM (disposición derradeira 9.^a LXTT).

Como xa sabemos, os operadores de telecomunicacións teñen recoñecido o dereito de ocupación de propiedade privada (artigo 29 LXTT) e do dominio público (artigo 30 LXTT). Neste sentido, a propia LXTT advirte de que a normativa ditada por calquera Administración pública que afecte ao despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas debe recoñecer os citados dereitos dos operadores (artigo 31.1 LXTT) e debe cumprir, polo menos, os requisitos contidos no artigo 31.2 LXTT. Ademais, a LXTT recolle unha serie de criterios que deben rexer a normativa das administracións públicas que afecte ao despregamento de redes públicas de comunicacións electrónicas nos artigos 34 a 36 LXTT, como lexislación básica estatal, e a colaboración entre administracións públicas no dito despregamento.

Detémonos no artigo 34.6 LXTT, que adquire especial relevancia no noso traballo, pois refírese de forma directa á existencia ou non de licenzas previas á instalación destas infraestruturas e distingue cando a ocupación do operador sexa de dominio público ou privado.

Primeiro, o precepto dispón que para a instalación de estacións ou infraestruturas radioeléctricas utilizadas para a prestación de servizos de comunicacións electrónicas dispoñibles para o público, ás cales se refire a disposición adicional terceira da Lei 12/2012, do 26 de decembro, de medidas urxentes de liberalización do comercio e de determinados servizos, non se poderá exixir a obtención previa de licenza de instalacións, de funcionamento ou de actividade, nin outras de clase similar ou análogas, nos termos indicados na citada lei.

Despois, respecto da ocupación do dominio privado, o artigo 34.6 LXTT prevé que, para a instalación de redes públicas de comunicacións electrónicas ou de estacións radioeléctricas en dominio privado polas administracións públicas competentes, non se poderá exixir a obtención de licenza ou autorización previa de instalacións, de funcionamento ou de actividade, ou de carácter ambiental, nin outras licenzas ou aprobacións de clase similar ou análogas que suxeiten a autorización previa a dita instalación, no caso de que o operador presentase á Administración pública competente para o outorgamento da licenza ou autorización un plan de despregamento ou instalación de rede de comunicacións electrónicas, no cal se contemplen esas infraestruturas ou estacións, e sempre que o citado plan fose aprobado pola mencionada Administración. Con tal fin, a LXTT establece que, no citado plan de despregamento ou instalación, o operador: deberá prever os supostos en que se van efectuar despregamentos aéreos ou por fachadas, de cables e equipos; suxeitarase ao contido e deberá respectar as condicións técnicas exixidas mediante Real decreto

acordado en Consello de Ministros. En calquera caso, o artigo 34.6 LXTT substitúe as licenzas ou autorizacións previas que non poidan ser exixidas, de acordo co que acabamos de expor, por declaracións responsables, segundo se prevé na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, LPAC, e na Lei 39/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, LRXSP. Estas declaracións responsables conterán unha manifestación explícita do cumprimento dos requisitos que resulten exixibles segundo a normativa vixente.

Doutro lado, a LXTT establece que a presentación da declaración responsable, co efecto de habilitación a partir dese momento para executar a instalación, non prexulga a situación e o acomodo efectivo das condicións da infraestrutura ou estación radioelétrica á normativa aplicable, nin limitará o exercicio das potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción e, en xeral, de control que á Administración en calquera orde –estatal, autonómica ou local– lle estean atribuídas polo ordenamento sectorial aplicable en cada caso.

Pola súa parte, a inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, en calquera dato, manifestación ou documento que se achegue ou incorpore a unha declaración responsable, ou a non presentación da declaración responsable, determina a imposibilidade de explotar a instalación e mesmo, se é o caso, a obriga de retirada cando se teña constancia de tales feitos, e todo iso sen prexuízo das responsabilidades penais, civís ou administrativas a que houbese lugar.

Tamén, o artigo 34.6 LXTT contempla que mediante regulamento se establecerán os elementos da declaración responsable que terán ese carácter esencial.

En caso de que a infraestrutura xa estea situada en dominio público ou privado e se proceda á súa innovación tecnolóxica ou adaptación técnica, a LXTT dispón que se aplica o principio de non exixencia de licenza previa, sempre que tales actuacións supoñan a incorporación de novo equipamento ou a realización de emisións radioelétricas en novas bandas de frecuencias ou con outras tecnoloxías, sen variar os elementos de obra civil e mastro. O artigo 34.7 LXTT dispón que non se requirirá ningún tipo de concesión, autorización ou licenza nova ou modificación da existente ou declaración responsable ou comunicación previa ás administracións públicas competentes por razóns de ordenación do territorio, urbanismo ou ambientais.

Polo tanto, unha análise completa da non exixencia de licenzas ou autorizacións previas á instalación de redes ou instalacións de telecomunicacións require examinar a LXTT e a LGUM, na medida en que as dúas leis constitúen o parámetro para valorar as normas reguladoras que afectan ás infraestruturas de comunicacións electrónicas, que poden aprobar as administracións competentes, como os concellos, por distintos títulos competenciais⁵⁴.

⁵⁴ MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia de la unidad de mercado en las telecomunicaciones: la no exigencia de licencias previas a la instalación de redes de comunicaciones electrónicas”, Guillén Caramés, J. e Cuervo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Prólogo de José M.ª Marín Quemada, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 470.

3.3 Enténdese aprobado por silencio administrativo un plan de despregamento se transcorre o prazo máximo de resolución?

Non podemos concluír esta epígrafe sen sinalar que este precepto, o artigo 34.6 LXTT, foi obxecto dun importante pronunciamento por parte do TC, que declarou nulo o inciso relativo ao silencio administrativo positivo sobre o plan de despregamento ou instalación de rede pública de comunicacións electrónicas se transcorreron “dous meses desde a súa presentación” e a Administración pública competente non ditou resolución expresa. Referímonos á Sentenza do TC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016⁵⁵.

Trátase dun recurso de inconstitucionalidade interposto pola Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos da LXTT (sobre todo ao seu fundamento xurídico 7). A Generalitat non cuestiona a substitución das licenzas ou autorizacións previas por declaracións responsables para o caso de aprobación dos plans de despregamento⁵⁶, que prevé o artigo 34.6 LXTT, senón que considera que estes plans –e os seus efectos liberatorios da obtención de licenzas e autorizacións municipais e/ou autonómicas de carácter urbanístico ou ambiental– non teñen cobertura no artigo 149.1, apartados 1, 13 e 21 do CE, e vulneran as competencias autonómicas sobre urbanismo, ordenación do territorio e medio ambiente dos artigos 144 e 149.1 e 5 do Estatuto de autonomía de Cataluña, pois a súa aprobación non se suxeita ao cumprimento da normativa e instrumentos de ordenación territorial, urbanística e ambiental, senón á observancia das condicións técnicas que estableza unha norma estatal.

O TC afirma que os plans de despregamento ou instalación, con efectos liberatorios da obtención de licenzas e autorizacións, constitúen un mecanismo tendente a facilitar o despregamento das redes de comunicacións electrónicas de forma unitaria no territorio nacional, polo que o tribunal estima que a súa regulación no artigo 34.6 LXTT ten cobertura nos títulos competenciais do artigo 149.1.13 e 21 CE invocados polo Estado⁵⁷. Por iso, o TC aplica a doutrina previa do tribunal ao caso concreto e recorda que, dada a importancia do sector das telecomunicacións para a economía

⁵⁵ Recurso de inconstitucionalidade n. 709/2015.

⁵⁶ Sobre os plans de implantación de telefonía móbil, pode consultarse GRAJAL BLANCO, M., “La instalación de telecomunicaciones en un Municipio desde el punto de vista del impacto urbanístico”, *Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, n. 11, 2008, pp. 139-140.

⁵⁷ O TC no FX 7 remítese á súa doutrina previa: en particular, en canto ao artigo 149.1.13 CE, como xa admitiu o TC na Sentenza 34/2013, FX 9: “reiteradamente na nosa doutrina aceptamos que, tratándose dun sector de importancia para a economía xeral (...) o Estado pode, en exercicio da competencia que lle atribúe o artigo 149.1.13 CE, fixar obxectivos de política sectorial (SSTC 80/1985, do 4 de xullo, FX 1; 188/1989, do 16 de novembro, FX 5; e STC 96/1990, do 24 de maio, FX 3). Por referirnos aos supostos máis recentes, o tribunal admitiu na STC 26/2012, do 1 de marzo, FX 5, que o Estado imponha un marco máis flexible e transparente para o acceso e exercicio de actividades no sector servizos (dispondo para o efecto que deben eliminarse todos aqueles réximes de autorización que non estean xustificadas por unha razón imperiosa de interese xeral); na STC 135/2012, do 19 de xuño, FX 4, que o Estado optase por un sistema económico integrado no sector do transporte e distribución de gas (fixando, para que ese obxectivo se logre dun xeito eficaz, unha serie de criterios uniformes que vinculan a autorización de instalacións); nas SSTC 170/2012, do 4 de outubro, FX 10; e 233/2012, do 13 de decembro, FFX 2 e 4, que o Estado sinala o obxectivo de favorecer unha maior competencia dentro do sector da distribución retalista de produtos petrolíferos, establecendo para a súa materialización (a) a incorporación de estacións de servizo nos establecementos comerciais de nova apertura como medio de aumentar o número de oferentes; (b) a previsión de silencio positivo respecto das licenzas municipais necesarias para a súa construción e posta en funcionamento nos centros que estivesen operativos á entrada en vigor da norma” (STC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016, FX 7).

xeral, é conforme coa orde constitucional de competencias a articulación polo Estado dun sistema que, neste sector das telecomunicacións, libere os operadores da obtención de licenzas ou autorizacións necesarias para o despregamento das redes se é aprobado un plan de despregamento ou instalación polas autoridades municipais ou autonómicas competentes. A xuízo do TC, trátase de contribuír á consecución dos obxectivos xerais da LXTT que declara de forma expresa no seu preámbulo: garantir a unidade de mercado, facilitar a instalación e despregamento das redes e a prestación de novos servizos, incentivar os investimentos e promover a competencia efectiva mediante unha medida que é consecuenta cos obxectivos globais citados e proporcionada á importancia do sector. Por todo iso, o TC conclúe que o Estado pode perseguir eses obxectivos de forma lexítima, ao abeiro das súas competencias de ordenación xeral da economía do artigo 149.1.13 CE no sector económico das telecomunicacións sobre o que ten competencia exclusiva segundo prevé o artigo 149.1.21 CE (Sentenza do TC 20/2016, FX 7).

Agora ben, o TC tamén recoñece que, se para lograr a finalidade pretendida cos plans de despregamento e instalación, se eliminan as licenzas ou autorizacións autonómicas nos casos previstos, a norma ten incidencia sobre as competencias das comunidades autónomas invocadas pola Generalitat.

Pois ben, o TC estima que o artigo 34.6 LXTT deixa a salvo tales competencias cando contempla que os plans deberán ser aprobados pola Administración competente para o outorgamento das licenzas ou autorizacións da necesidade das cales dispensa, polo que non se produce extralimitación competencial. O precepto refírese a que o operador, ao presentar o plan, se suxeitará ao contido e condicións técnicas exixidas mediante real decreto. A xuízo do TC, isto é consecuenta coa competencia exclusiva estatal do artigo 149.1.21 CE, pero non obsta para que a aprobación do plan polas administracións competentes deba versar sobre as materias da súa competencia; polo tanto, sobre a adecuación ás normas urbanísticas, de ordenación territorial e, se é o caso, ambientais (Sentenza do TC 20/2016, FX 7)⁵⁸.

Para o TC, os plans de despregamento ou instalación configúranse no artigo 34.6 LXTT coa finalidade que lles recoñeceu na Sentenza 8/2012 ao examinar os plans territoriais de despregamento de rede en solo rústico regulados na Lei das Cortes de Castela-A Mancha 8/2001, do 28 de xuño, sobre ordenación das instalacións de radiocomunicación na dita comunidade. Neste caso, o TC afirmou que estes plans están dirixidos a “proporcionar a información necesaria para que a comunidade autónoma afectada poida realizar un control previo da conformidade das previsións de novas instalacións coa normativa sectorial que ditase no exercicio das súas competencias para a preservación de intereses públicos que lle están encomendados de forma exclusiva ou compartida co Estado (ordenación do territorio, urbanismo, medio ambiente, sanidade)”. Polo tanto, permiten o exercicio coordinado das competencias

⁵⁸ De feito, como recorda o TC, así o afirma o preámbulo da LXTT: “nesta lei establécese que para o resto de actuacións de despregamento de redes en dominio privado se poidan substituír igualmente as licenzas por unha declaración responsable naqueles casos en que previamente o operador presentase ante as administracións competentes un plan de despregamento e este fose aprobado, xa que, nestes casos, a Administración competente xa analizou e ponderou os intereses inherentes ao exercicio das súas propias competencias” (apartado IV). Sentenza do TC 20/2016, FX 7.

estatais e autonómicas concorrentes neste ámbito en que “deben buscarse aquelas solucións con que se consiga optimizar o exercicio de ambas as dúas competencias” (Sentenza do TC 20/2016, FX 7).

En consecuencia, o TC afirma que, se entendemos que o artigo 34.6 LXTT, en canto contempla os plans de despregamento ou instalación con efectos liberatorios de autorizacións e licenzas autonómicas ou municipais, se ampara no artigo 149.1.13 e 21 CE e non vulnera as competencias autonómicas sobre urbanismo, ordenación do territorio e medio ambiente, xa que os ditos plans deben ser aprobados, en exercicio desas competencias, pola Administración autonómica ou municipal correspondente, o silencio positivo que recolle o artigo 34.6 LXTT debe ter apoio nos mesmos títulos competenciais estatais. Por iso, o tribunal entende que esta previsión, por un lado, é unha medida dirixida a dotar de plena virtualidade ou eficacia o sistema e a garantir que a eliminación das autorizacións e licenzas que se pretende ten realmente lugar, e, por outro, que non condiciona ilexítimamente as competencias autonómicas, xa que as comunidades autónomas poden exercelas sen limitación ningunha dentro do prazo máximo para resolver o procedemento, polo que se trata, unicamente, de eliminar a incerteza asociada á falta de resposta ao vencemento do prazo, dando ao silencio o efecto estimatorio da aprobación dos plans.

Segundo o TC, os artigos 149.1.13 e 21 CE non amparan a fixación do prazo específico de dous meses que prevé o artigo 34.6 LXTT para a aprobación dos plans e considera que esta previsión “non é necesaria ou imprescindible para garantir a virtualidade do sistema e invade as competencias autonómicas que determinan que a aprobación dos plans sexa realizada por estas administracións e non polo Estado. Distinto sería o establecemento polo Estado dun prazo máximo de resolución que lles permitise ás administracións competentes marxe suficiente de modulación en exercicio das súas competencias e atendendo ás circunstancias de cada caso, modulación que, na redacción actual do precepto e dada a brevidade de prazo previsto, non resulta posible” (FX 7). Por iso, o TC afirma que o parágrafo quinto do artigo 34.6 LXTT é inconstitucional e nulo.

Tras a Sentenza do TC do 4 de febreiro de 2016, podemos afirmar que: primeiro, o silencio segue sendo positivo ás solicitudes de aprobación dun plan de despregamento, na medida en que coa dita aprobación non se transfiran ao solicitante facultades relativas ao dominio público (artigo 24.1 LPAC); a natureza positiva do silencio que tamén xerou polémicas e sobre ela volveremos. Segundo, en ausencia dun prazo específico, aplicarase o prazo de 3 meses establecido con carácter xeral na LPAC. Como consecuencia desta sentenza, os operadores que presenten plans de despregamento e non obteñan resolución expresa da Administración, terán que someterse ao prazo xeral supletorio de 3 meses, en lugar de 2 meses, para que actúe o silencio administrativo.

3.4 Desaprobación xudicial ás ordenanzas de infraestruturas de comunicacións electrónicas coa brida da LGUM

Agora detémonos na análise de dúas ordenanzas locais que contemplan a existencia de licenzas previas á implantación de infraestruturas de telecomunicacións e que son obxecto de impugnación mediante dous recursos contencioso-administrativos ante a AN, tramitados como procedementos da LGUM.

Referímonos ás sentenzas da AN do 26 de xuño de 2018⁵⁹ e do 2 de novembro de 2018⁶⁰, que son dous primeiros pronunciamentos deste tribunal polos que se estiman os recursos e se anulan determinados preceptos de ordenanzas reguladoras de telecomunicacións ao ser contrarios aos principios de necesidade e proporcionalidade da LGUM.

A Sentenza da AN do 26 de xuño de 2018 resolve e estima un recurso contencioso-administrativo no que se impugnan determinados preceptos das ordenanzas do Concello de Hernani. Con carácter previo, o 2 de xaneiro de 2015, a CNMC emitiu o seu Informe UM/76/14 e nas conclusións indica que: a existencia de autorización ou licenza municipal para a implantación en dominio privado de canalizacións, equipos, cableados ou antenas (artigo X.1.3, letra O) do apartado 2) e a existencia de autorización ou licenza municipal previa á implantación de antenas en dominio privado (artigo X.1-5, apartado 2.i)⁶¹ eran contrarias ao principio de necesidade e proporcionalidade dos artigos 5 e 17 LGUM.

Para a resolución do recurso, a AN parte da análise da LGUM e da súa propia xurisprudencia previa. En particular, remítese ao recurso 50/2015 referido á aplicación da LGUM, onde para explicar a razón de ser e os obxectivos da lei trae a colación a propia exposición de motivos da norma⁶² e recorda que é preciso ter en conta a experiencia solicitada durante o proceso de transposición da Directiva servizos, pois o feito de que expresamente se indique que a LGUM non supón un exercicio de transposición de normativa europea fai que revista unha importancia especial a análise detallada da xurisprudencia do TXUE. En consecuencia, a implementación plena da LGUM dependerá do seu grao de identificación coa xurisprudencia do TXUE. Tamén resulta

Regap



ESTUDIOS

⁵⁹ Recurso contencioso-administrativo n. 204/2015 contra os artigos X.1.3, apartado O; X.1.5. 2-A apartado I, do título X das ordenanzas do Concello de Hernani do 28 de novembro de 2014. Relator: José Guerrero Zaplana.

⁶⁰ Recurso contencioso-administrativo n. 206/15 contra determinados preceptos (artigos 10.5 e 6, 12.3 e 38.7) da ordenanza de paisaxe urbana de Santa Cruz de Tenerife do 6 de xuño de 2014. Relator: Santiago Pablo Soldevila Fragoso.

⁶¹ O contido dos preceptos impugnados é o seguinte: o artigo X.1-3.2 prevé que, en todo caso, quedarán suxeitas tamén á obtención previa de autorización municipal as actuacións seguintes: O. A execución de obras e construcións e a implantación de canalizacións, equipos, cableado, antenas, paneis solares, ou fotovoltaicos, etc., asociados ben aos servizos urbanos (telecomunicación, gas, electricidade, saneamento, auga, etc.), ben ás instalacións de servizo das edificacións, con independencia da súa localización respecto do terreo (sobre, ou baixo rasante), ou dos propios edificios (interior, en fachada ou sobre cuberta), e sempre que non formen parte doutras actuacións que deban ser obxecto de autorización municipal específica. O artigo X.1.5 2 dispón que: Grupo 1- Execución de obras. A. Son obras maiores as que corresponden a actuacións de: i) A implantación de antenas e equipos das redes de infraestruturas (repetidores, cassetas de telecomunicacións, centros de transformación, etc.).

⁶² Segundo esta, a transposición da Directiva servizos realizouse no noso ordenamento xurídico a través da Lei 17/2009, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio. Por iso, a LGUM, segundo se manifesta aquí, pretende establecer un réxime máis favorable en actividades que van máis alá do ámbito da directiva citada e aplícase tamén á libre circulación de produtos e a determinadas actividades excluídas da Directiva de servizos, á luz da xurisprudencia do TXUE sobre os principios de necesidade, eficacia nacional, proporcionalidade e non discriminación.

esencial determinar o encaixe da LGUM no sistema constitucional español e a súa compatibilidade co Estado das autonomías⁶³.

A continuación, a AN detense no exame do principal motivo de impugnación da resolución obxecto de recurso, que se refire á existencia da obtención de autorización administrativa para a instalación de redes públicas de comunicacións electrónicas e para a instalación de estacións radioeléctricas ao entender que a dita existencia é contraria á disposición adicional terceira da Lei 12/2012 en relación co artigo 3 (relativo á inexhibibilidade de licenza) e ao artigo 34.6 en relación co artigo 34.4 LXTT (FX 5).

Por último, a AN estima o recurso e anula os preceptos impugnados da ordenanza ao considerar que o propio Concello de Hernani asumiu que os artigos impugnados da ordenanza son contrarios á lexislación aplicable pola súa conduta⁶⁴ e afirma que “é claro que o sometemento a autorización previa da instalación de elementos é contrario ás exigencias da Lei de unidade de mercado e deben deixarse sen efecto” (FX 6).

Na Sentenza do 2 de novembro de 2018, a AN estima o recurso contencioso-administrativo que trae causa da impugnación da ordenanza de paisaxe urbana de Santa Cruz de Tenerife. Tras a aprobación desa ordenanza, a Asociación Multisectorial de Empresas de Electrónica, Tecnoloxías da Información e Comunicación, das Telecomunicacións e dos Contidos Dixitais (Ametic) presentou unha reclamación ante a Secretaría do Consello da Comisión Nacional da Competencia e dos Mercados SECUM, o 5 de decembro de 2014, contra o disposto nos artigos 10.5 e 10.6, 12.3 e 38.7 da ordenanza⁶⁵. Seguidamente, a CNMC remitiu ao concello un requirimento previo á

⁶³ O tribunal recorda que xa existe un corpo de xurisprudencia constitucional consolidado sobre esta materia, ao que deberá adaptarse a LGUM; desde a inicial STC 37/1981, o concepto de unidade de mercado ten carta de natureza no noso ordenamento xurídico e foise perfilando á luz de dous principios irrenunciabiles: a igualdade das condicións básicas de exercicio da actividade económica (artigo 149.1.1CE) e o de que ningunha autoridade poderá adoptar medidas que directa ou indirectamente obstaculicen a liberdade de circulación e establecemento das persoas e a libre circulación de bens en todo o territorio español (artigo 139.2 CE) (FX 3). A AN, na Sentenza do 26 de xuño de 2018, no seu FX 3 recolle os pronunciamentos máis relevantes do TC na materia. Así, remítase, primeiro, á STC 88/1986, en que o TC afirma que tal unidade “non significa uniformidade, xa que a mesma configuración do Estado español e a existencia de entidades con autonomía política, como son as comunidades autónomas, supón necesariamente unha diversidade de réximes xurídicos. A compatibilidade entre a unidade económica da nación e a diversidade xurídica que deriva da autonomía debe buscarse, pois, nun equilibrio entre os dous principios”; que se reitera na STC 87/1987 (FX 6). Segundo, a AN refírese á STC 64/1990, en que reconece que a unidade de mercado é compatible co sistema autonómico sempre que as disposicións dos ditos entes resulten proporcionadas aos fins perseguidos e non cree obstáculos innecesarios que veñan cuestionar os principios fundamentais en que se asenta o concepto de unidade de mercado (FFXX 5 e 6). Terceiro, a AN refírese á reiteración desta doutrina nas SSTC 210/2012, 34/2013, 96/2013.

⁶⁴ O concello solicitou a suspensión do procedemento para non instar, despois, a prosecución; non contestou á demanda; e manifestou no seu último escrito de alegacións que se atopaba en trámite unha modificación dos preceptos da ordenanza impugnada.

⁶⁵ Polo seu interese, recollemos o disposto nos preceptos impugnados da ordenanza local de Santa Cruz de Tenerife. O artigo 10.5 establecía que “en xeral non se admite a colocación de condutos, aparatos e outros elementos das instalacións, individuais ou comunitarias, sobre as fachadas dos edificios, como, por exemplo, instalacións de aire acondicionado, chemineas de extracción de fumes, etc. Non obstante, poderá exceptuarse esta condición, debidamente xustificada e sempre en edificacións existentes, logo da presentación dun proxecto de integración global en composición arquitectónica do edificio que terá que será aceptado por servizos técnicos municipais mediante a correspondente licenza. Entre estas excepcións poderán admitirse tamén a instalación dos elementos mencionados en patios de parcela pechados, debidamente xustificada e realizado de modo que se cumpra cos requirimentos de illamento e integración arquitectónica e non se invada en ningún caso a dimensión mínima do patio. No caso de que o patio de parcela pechado quede visible desde a vía pública, unicamente se admitirá a instalación destes elementos integrándose esteticamente no conxunto, de xeito que se minimize o impacto visual, nestas circunstancias podendo adoptarse outras medidas correctoras (...)”. O artigo 10.6 dispuña que “as instalacións ou conducións xerais exteriores serán subterráneas, e nunca sobre as fachadas das edificacións, salvo que se xustificase cabalmente á súa improcedencia. As compañías de subministración son responsables do mantemento, seguridade e decoro destas instalacións, e teñen a obriga de impedir en todo momento as provisionalidades, desordes, abandonos, e a súa visibilidade

interposición do recurso contencioso-administrativo que foi contestado polo concello recoñecendo que debía proceder a efectuar determinados cambios na ordenanza.

A continuación, a CNMC interpuxo recurso contencioso-administrativo contra a ordenanza no cal se solicitaba a anulación dos citados preceptos por non seren conformes a dereito por varios motivos: Primeiro, pola inadecuación da ordenanza aos principios da LXTT. Segundo, respecto ao réxime de canalizacións, a LXTT impón as canalizacións subterráneas permitindo de forma excepcional os despregamentos aéreos ou en fachada; deste xeito, prohíbense de forma absoluta só no suposto de edificacións do patrimonio histórico-artístico ou que afecten á seguridade pública; por outra banda, non pode exixirse licenza nin autorización previa para as instalacións radioeléctricas que ocupen unha superficie inferior a 300 metros cadrados, o que é aplicable ao resto de instalacións, substituíndose a obriga de solicitar licenza por unha declaración responsable. Terceiro, a exixencia de licenzas pola ordenanza impugnada para a instalación de comunicacións electrónicas é contraria ao principio de proporcionalidade e ao de necesidade, de acordo tamén co informe da SECUM (artigos 5 LGUM e 34.3 LXTT), pois entende que os preceptos da ordenanza que imponen limitacións á instalación de infraestruturas de comunicacións son máis restritivos que a normativa sectorial aplicable e, polo tanto, contrarios aos principios de proporcionalidade e necesidade. A CNMC conclúe que a normativa impugnada vulnera o principio de libre iniciativa económica do artigo 16 LGUM, pois tales restricións impedirían o exercicio dunha actividade económica como o despregamento e a explotación de redes de comunicacións electrónicas (antecedente de feito 2).

A AN resalta que, neste suposto, o Concello de Santa Cruz de Tenerife aceptou plenamente todas as peticións formuladas pola CNMC con carácter previo (FX 2). Finalmente, a AN estima o recurso e declara a nulidade dos preceptos impugnados da ordenanza local.

ostensible. No caso de que haxa sobre as fachadas existentes condutos ou instalacións, como por exemplo cables de subministración de servizos (telefonía, iluminación, etc.) que pola súa situación ou falta de mantemento ou restauración prexudiquen a percepción da fachada, estes elementos serán eliminados ou reconducidos". O artigo 12.3 consideraba respecto da instalación de antenas que: "1. A instalación de todo tipo de antenas e os seus elementos auxiliares de conexión ao exterior teñen que someterse a esta ordenanza. Inclúense tanto as antenas de recepción como de emisión de ondas electromagnéticas de radiodifusión, televisión, telecomunicacións, telemando, etc., en calquera das súas formas posibles: de filamento, de piar ou torre, parabólicas, por elementos ou calquera outra que a tecnoloxía actual ou futura faga posible. 2. A instalación de antenas nas edificacións queda expresamente prohibida nas fachadas, a excepción daquelas instalacións minimalistas que necesariamente deban instalarse nesta situación e que deben quedar plenamente integradas no seu deseño. 3. Nas azoteas e cubertas inclinadas das edificacións tenderase á racionalización e colectivización do espazo, refundindo as instalacións de antenas no menor número posible. 4. Nos proxectos de construción de edificios de nova planta e de rehabilitación integral preverase a instalación de antenas, definindo a súa situación. Necesariamente terán que situarse nas azoteas ou cubertas inclinadas, garantir a menor percepción posible desde a vía pública e non prexudicar a imaxe histórica dos edificios incluídos no catálogo de Patrimonio Histórico ou dos Conxuntos Históricos. Todo iso enmarcado nas condicións establecidas nesta ordenanza, no artigo 34, Normas comúns aos Conxuntos Históricos, da Lei de Patrimonio Histórico de Canarias, nas directrices específicas ao respecto das telecomunicacións e no Código de Boas Prácticas para a instalación de infraestruturas de telefonía móbil da FEMP". O artigo 38.7.7 prevía que "se admite a colocación dunha soa antena para a función de TV de radio e de comunicación na azotea ou cuberta dun edificio, que non se fixará en elementos ou partes singulares deste e será o menos visible posible desde os espazos públicos inmediatos. As antenas non poden incorporar, en ningún caso, lendas ou anagramas visibles de carácter identificador nin publicitario".

3.5 Últimos informes da CNMC sobre exigencia de licenza previa por concellos ao despregamento de redes

Neste apartado centrámonos no exame de dous casos recentes similares de reclamacións presentadas por operadores, ao abeiro do artigo 26 LGUM, en relación coa exigencia de licenza urbanística previa no despregamento de fibra óptica imposta polo Concello de Aldeamayor de San Martín, no primeiro, e contra a exigencia imposta polo Concello de Boecillo dunha licenza urbanística previa para a instalación dun enlace *backhaul* entre os concellos de Boecillo e Tudela de Duero, no segundo⁶⁶.

Con carácter xeral, a CNMC nestes informes conclúe que a exigencia dunha licenza urbanística previa ao despregamento de infraestruturas a un operador, tras ter presentado plan de despregamento, pode vulnerar os principios de necesidade e proporcionalidade dos artigos 5 e 17 LGUM, en relación co artigo 34.6 LXTT.

A CNMC parte de que a aprobación dos plans de despregamento por silencio administrativo positivo considerada no artigo 34.6 LXTT non exonera da obriga de respectar a normativa urbanística aplicable. Ademais, a CNMC recorda que, no suposto de ocupación de dominio público para o despregamento de redes, aínda que os operadores contan co dereito á ocupación (artigo 30 LXTT), deben solicitar a correspondente autorización ou licenza á Administración titular do dominio público de acordo co artigo 84 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas, e co artigo 77 do Real decreto 1372/1986, do 13 de xuño, polo que se aproba o Regulamento de bens das entidades locais (RBEL). A dita autorización ou licenza, en calquera caso, outorgarase ou denegarase tendo en conta os principios de necesidade e proporcionalidade do artigo 5 LGUM. Para o suposto de que se denegue de forma xustificada, a Administración deberá ofrecerlle outras alternativas viables para poder levar a cabo a instalación, de acordo co principio de menor distorsión posible da actividade económica do artigo 5 LGUM e o dereito á ocupación do artigo 30 LXTT.

No primeiro caso, o operador denuncia a exigencia indebida de licenza urbanística para despregar o enlace para interconectar as redes de fibra óptica ata o fogar no citado municipio, pois aprobárase un plan de despregamento por silencio administrativo positivo, en aplicación do artigo 34.6 LXTT. Por iso, o operador estima que o requirimento de licenza neste suposto sería contrario aos principios de necesidade e proporcionalidade do artigo 5 LGUM.

A CNMC, tras facer referencia á normativa urbanística aplicable, realiza unha análise das limitacións previstas na normativa sectorial aplicable en materia de telecomunicacións, que se centra, primeiro, no exame conxunto do artigo 34.6 LXTT e a Sentenza do TC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016, e, segundo, na aplicación do

⁶⁶ Referímonos a dous informes da CNMC: Informe da CNMC do 10 de xuño de 2020 sobre a reclamación presentada, ao abeiro do artigo 26 da LGUM, contra as limitacións ao despregamento de redes de comunicacións electrónicas en relación coa presentación de plans de despregamento (UM/022/20); Informe da CNMC do 17 de marzo de 2021 sobre a reclamación presentada, ao abeiro do artigo 26 da LGUM, con referencia á exigencia por parte do Concello de Boecillo dunha licenza urbanística previa para a instalación dun enlace de *backhaul* necesario para despregar unha rede de fibra óptica ata o fogar (FTTH) entre as poboacións de Boecillo e Tudela de Duero (Valladolid), tras ser aprobado o plan de despregamento de rede presentado polo operador (UM/017/21).

citado precepto e da doutrina fixada pola citada Sentenza do TC polos tribunais superiores de xustiza (TSX). Non obstante, este precepto, como xa sabemos, incluía un inciso (“transcorridos dous meses desde a súa presentación”) que se declarou inconstitucional e nulo pola STC 20/2016, do 4 de febreiro de 2016, aínda que mantivo o silencio administrativo positivo do precepto. O TC afirma que “a previsión silencio positivo que o precepto contempla ten amparo nos mesmos títulos competenciais estatais” (FX 7, STC 20/2016).

A CNMC recorda que esta doutrina do TC xa a aplicaron algúns TSX, como mostra a Sentenza do TSX de Murcia 245/2019, do 16 de abril de 2019 (recurso 246/2018). Neste caso, rexítase a aplicación directa do prazo xeral de 3 meses do artigo 21.3 LPAC para entender aprobados os plans de despregamento por silencio administrativo positivo se, como consecuencia, se outorgan ao solicitante dereitos ou facultades que resulten contrarios ao ordenamento urbanístico. O TSX considera que non pode entenderse aprobado o plan técnico de implantación e as súas actualizacións por silencio administrativo positivo e non considera aplicable neste caso o artigo 42.3 da antiga Lei 30/1992, pois non é que a norma non fixe un prazo máximo de resolución, senón que este foi declarado inconstitucional. Para o efecto, o TSX recorda a xurisprudencia reiterada que declara que “non cabe entender obtidas por silencio administrativo positivo licenzas ou autorizacións en contra do disposto no ordenamento xurídico” (STS do 17 de outubro de 2007)⁶⁷.

Neste sentido, a CNMC recorda que o artigo 25 da LPAC vixente foi redactado de forma similar ao antigo artigo 43 da Lei 30/1992 e, en consecuencia, os plans de despregamento deben entenderse aprobados por silencio positivo sempre que neles non se outorguen facultades sobre o dominio público ou afecten ao medio ambiente. Agora ben, a súa aprobación non exonera da obtención das licenzas de carácter urbanístico que resulten necesarias, pois a simplificación administrativa do artigo 34.6 LXTT refírese ás licenzas ou autorizacións previas de instalacións, ás de funcionamento ou de actividade, ou a aquelas de carácter ambiental, polo que o operador, aínda que teña aprobado o plan de despregamento, terá que solicitar as licenzas urbanísticas ou de obras oportunas.

Seguidamente, a CNMC revisa as limitacións previstas á luz da LGUM. En particular, refírese aos artigos 5, 7 e 17.1 LGUM. O artigo 17.2 LGUM dispón que “se considerará que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para exixir a presentación dunha declaración responsable para as instalacións ou infraestruturas físicas para o exercicio de actividades económicas cando na normativa se exixa o cumprimento de requisitos xustificadas por algunha razón imperiosa de interese xeral e sexan xustificadas”. Polo tanto, considerárase que concorren os principios de necesidade e proporcionalidade para a exixencia dunha autorización ou licenza previa, entre outros supostos: “respecto das instalacións ou infraestruturas físicas necesarias para o exercicio de actividades económicas, cando sexan susceptibles de

⁶⁷ Sobre o silencio administrativo e a prohibición de obter licenzas contrarias ao ordenamento urbanístico, a doutrina é abundante. Pode consultarse SANZ RUBIALES, I., “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, n. 171, Madrid, setembro-décembro 2006, pp. 181-214.

xerar danos sobre o medio ambiente e o contorno urbano e estas razóns non poidan salvagardarse mediante a presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación”, e en caso de “utilización do dominio público”, o cal si concorre neste suposto, ao discorrer por camiños rústicos o despregamento de rede. A CNMC advirte que o discutido non é a existencia de licenza, senón o requisito adicional da autorización excepcional de uso en solo rústico que, de conformidade coa normativa urbanística autonómica, debe outorgar a Comisión Territorial de Medio e Urbanismo da Junta de Castela e León. Neste punto, a CNMC fai referencia ao artigo 84 bis.2. 2 LBRL, tras a reforma operada pola LRSAL. Este precepto prevé que só se someterán a un réxime de autorización as instalacións ou infraestruturas físicas para o exercicio de actividades económicas cando o estableza unha lei que defina os seus requisitos esenciais e as ditas instalacións sexan susceptibles de xerar danos sobre o medio ambiente, o contorno urbano, a seguridade, a saúde pública ou o patrimonio histórico e que ese réxime de autorización resulte proporcionado. Por iso, a avaliación deste risco débese determinar en función das características das instalacións, entre as que estarán as seguintes: a) a potencia eléctrica ou enerxética da instalación; b) a capacidade da instalación; c) a contaminación acústica; d) a composición das augas residuais que emita a instalación e a súa capacidade de depuración; e) a existencia de materiais inflamables ou contaminantes; f) as instalacións que afecten a bens declarados integrantes do patrimonio histórico.

A CNMC considera que en todos estes artigos se exige a aplicación dos principios de necesidade, proporcionalidade e mínima distorsión á actividade económica afectada pola restrición imposta pola Administración. Ademais, recorda que a observancia da normativa sectorial de telecomunicacións foi considerada como unha garantía da unidade de mercado polo TS⁶⁸ e trae a colación algúns informes anteriores da CNMC e da SECUM⁶⁹.

⁶⁸ En particular, refírese ás súas sentenzas do 22 de marzo e do 14 de xullo de 2011 (recursos de casación n.1845/2006 e 31/2007). O Tribunal Supremo afirma que “no ámbito das telecomunicacións, a unidade de mercado é un obxectivo xurídico requirido polo tan citado artigo 149.1.21 da Constitución, porque esa unidade é tamén, e antes que iso, un imperativo de política económica, que o xurista non pode desdenñar desde o momento en que a través desa unidade se trata de impedir a fragmentación do espazo económico nacional e garantir unha economía de escala, esencial nun ámbito como este en que a dimensión do mercado se erixe como un parámetro fundamental do seu desenvolvemento económico, perspectiva socioeconómica que non pode eludirse no proceso de interpretación e aplicación das normas examinadas, que, en canto instrumentos ao servizo dunha política de telecomunicacións única conformadora dun modelo económico común, deben ser interpretadas non só desde unha perspectiva xurídico-formal, senón tamén desde un punto de vista finalista, teleolóxico, que teña en conta o contexto en que se enmarcan e o fin que persegue. En consecuencia, no ámbito da ordenación técnica das telecomunicacións non nos situamos ante unha tarefa para realizar conxuntamente polo Estado e as comunidades autónomas, senón ante o exercicio dunha competencia exclusiva do Estado ex artigo 149.1.21 da Constitución, que se enmarca na existencia da unidade da orde económica en todo o ámbito do Estado, e que exige un mínimo normativo como orzamento necesario para que a repartición de competencias entre o Estado e as distintas comunidades autónomas en materias económicas non conduza a resultados disfuncionais ou disgregadores (véxanse sentenzas do Tribunal Constitucional 96/1984, do 19 de outubro, fundamento xurídico terceiro, e 133/1997, do 16 de xullo, fundamento xurídico sétimo)”.

⁶⁹ No Informe da SECUM 26/17014 do 16 de febreiro de 2017 (acceso web: https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/26.108TELECOMUNICACIONESDespliegueRedWIFIBeniganim.pdf), a CNMC entende que o feito de non aprobar un plan xeral de despregamento obriga o operador a solicitar autorización para cada unha das infraestruturas e instalacións contidas nel, desvirtuando así a preferencia pola declaración responsable como medio de intervención establecida na norma sectorial. Unhas conclusións similares alcanzáronse no Informe 26/1636, do 25 de maio de 2016 (acceso web: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/26.49TELECOMUNICACIONESAntenasChiclana.pdf>). Neste suposto, a CNMC estima que á luz do artigo 34.6 LXTT só se podería exixir unha licenza en caso de estar ante instalacións con impacto no patrimonio histórico-artístico ou no uso privativo e ocupación dos bens de dominio público, no caso de que se trate de instalacións de superficie superior a 300 metros cadrados, ou no caso de instalacións de nova construción

Por último, a CNMC conclúe que a actuación administrativa impugnada podería vulnerar os principios de necesidade e proporcionalidade nos termos previstos nos artigos 5 e 17 LGUM, en relación co artigo 34.6 LXTT, sen prexuízo do deber do concello de resolver de forma expresa a solicitude do reclamante de aprobación do seu plan de despregamento e de considerala aprobada por silencio unha vez transcorrido o prazo xeral de tres meses do artigo 21.3.b) LPAC, salvo que se trate de actividades que transferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público ou que impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o medio ambiente (artigo 24.1 LPAC). En calquera caso, para a CNMC está claro que a aprobación dos plans de despregamento por silencio administrativo positivo, segundo recolle o artigo 34.6 LXTT, non exonera os operadores da obriga de respectar a normativa urbanística aplicable.

No segundo suposto, no Informe do 17 de marzo de 2021 formúlase un caso similar: trátase dunha reclamación do artigo 26 LGUM presentada por un operador de comunicacións electrónicas contra a exigencia imposta por un concello (o de Boecillo) dunha licenza urbanística previa para a instalación dun enlace *backhaul* entre dous municipios (Boecillo e Tudela de Duero).

Ante esta situación, o concello incoou un procedemento sancionador por infracción da Lei 33/2003, de patrimonio das administracións públicas, con medida cautelar de obriga de retirar os cables enterrados e repor o camiño ao estado anterior⁷⁰.

O operador estima que a exigencia de licenza urbanística previa é contraria ao artigo 18 LGUM, pois, ao seu xuízo, supón engadir un requisito adicional non incluído no artigo 34.6 LXTT, unha vez aprobado o plan de despregamento, nin na normativa urbanística autonómica aplicable [artigo 105 bis letras e) e g) da Lei 5/1999, do 8 de abril, de urbanismo de Castela e León]. En canto á normativa urbanística local, o

que teñan impacto en espazos naturais protexidos. É máis, aínda estando nalgún destes tres supostos, se a instalación da rede pública se efectuou en dominio privado, a *xuízo* da Comisión, debe terse en conta que o operador presentou un plan de despregamento ou instalación de rede ante a Administración. A autoridade competente debería manifestarse de forma expresa ante a solicitude do reclamante, motivando, se é o caso, a súa denegación conforme os principios establecidos na LGUM e na normativa sectorial de aplicación. De igual modo, maniféstase a CNMC no Informe UM/024/17 do 19 de febreiro de 2017 sobre a reclamación presentada ao abeiro do artigo 26 LGUM contra a denegación presunta da aprobación do plan de despregamento dunha rede de comunicacións electrónicas no municipio de Benigànim. Neste caso, a *xuízo* da CNMC, a actuación administrativa impugnada vulnera os principios de necesidade e proporcionalidade e a *súa* instrumentalización nos termos do artigo 17 LGUM en relación co artigo 34.6 LXTT, sen prexuízo do deber do concello de resolver de forma expresa a solicitude do reclamante de aprobación do seu plan de despregamento e de considerala aprobada por silencio positivo unha vez transcorrido o prazo xeral previsto na normativa de aplicación. No Informe da Sala de Supervisión Regulatoria, do 26 de xullo de 2018 –Informe sobre o borrador de Anteproxecto de Lei autonómica para a ordenación de instalacións de radiocomunicación en Castela-A Mancha (IPN/CNMC/008/18)–, a CNMC recorda a importancia das reformas estruturais introducidas na LXTT para facilitar o despregamento das redes de alta velocidade e a prestación de servizos aos usuarios finais cunha maior calidade e cobertura. En particular, a Comisión indica que “para cumprir o dito obxectivo se prevé que a normativa elaborada polas administracións públicas no exercicio das súas competencias, que afecte ao despregamento das redes públicas de comunicacións electrónicas (...) respecte o disposto na lexislación sectorial de telecomunicacións, resultando aplicable ao presente caso o establecido no artigo 34.3 da LXTel, de conformidade co cal, esa normativa non poderá establecer restricións absolutas ou desproporcionadas ao dereito de ocupación do dominio público e privado dos operadores, nin impor solucións tecnolóxicas concretas, itinerarios ou localizacións concretas en que instalar infraestruturas de rede de comunicacións electrónicas”. Ademais, o informe engade que nos supostos en que as restricións estivesen debidamente xustificadas, estas deben acompañarse de alternativas que garantan o dereito de ocupación dos operadores e o seu exercicio en igualdade de condicións, recomendándose, para tal efecto, a previsión de solucións alternativas para a ocupación do dominio público de forma eficiente e viable para os operadores.

⁷⁰ A *xuízo* do concello, tales obras estarían suxeitas a varias autorizacións: para uso común especial de ocupación de dominio público, de uso excepcional de solo rústico, licenza urbanística de obra e comunicación ambiental.

PXOU de Boecillo do 22 de febreiro de 2002 remítese á Lei de urbanismo de Castela e León e recolle un réxime de seis tipos de licenzas, pero non contén unha previsión especial sobre despregamento de instalacións de telecomunicacións, nin existe unha ordenanza municipal que regule especificamente o despregamento de redes de comunicacións electrónicas en Boecillo. A normativa urbanística autonómica –sobre todo a Lei 5/1999, do 8 de abril, de urbanismo de Castela e León– prevé que determinadas actuacións deste tipo están suxeitas a declaración responsable (artigo 105bis.1. 1)71; polo tanto, non están suxeitas a licenza72.

A continuación, a CNMC efectúa unha análise das limitacións previstas á luz da normativa sectorial aplicable e parte do artigo 34.6 LXTT. A CNMC recorda que a simplificación administrativa prevista neste precepto se refire ás licenzas ou autorizacións previas de instalacións, as de funcionamento ou de actividade, ou aquelas de carácter ambiental, polo que o operador, mesmo co plan de despregamento aprobado, debe solicitar as licenzas urbanísticas ou de obras oportunas se estas fosen necesarias segundo o ordenamento urbanístico. Ademais, para a CNMC, ao estar ante unha ocupación de bens de dominio público, é preciso ter en conta o artigo 3.1 RBEL e o artigo 30 LXTT, pois, aínda que exista un recoñecemento legal do dereito de ocupación do dominio público a favor dos operadores, a ocupación concreta do dominio público debe ser autorizada expresamente pola entidade titular do dominio público afectado, como se desprende do artigo 84 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas. Ademais, o artigo 77 RBEL exige a solicitude de licenza salvo cando o uso sexa privativo, caso en que se aplica o réxime de concesión.

Seguindo unha estrutura de análise idéntica ao suposto anterior, ao que nos remitimos, a CNMC estuda este caso desde a perspectiva da LGUM. Por iso, primeiro refírese aos artigos 5, 7, 17 LGUM, 4 LRXSCP e 84bis da LBRL nos que se exige a aplicación dos principios de necesidade, proporcionalidade e mínima distorsión á actividade económica afectada pola restrición imposta pola Administración, e, despois, á observancia da normativa sectorial de telecomunicacións, en que o Estado ten competencia exclusiva *ex* artigo 149.1.21 CE, que foi considerada polo TS como unha garantía da unidade de mercado: sentenzas do TS do 22 de marzo de 2011 e 14 de xullo de 2011⁷³.

⁷¹ En concreto refírese ás seguintes operacións: instalación de tendidos eléctricos, telefónicos e similares; execución de obras e instalacións no subsolo, cando non teñan entidade equiparable ás obras de nova planta ou ampliación nin afecten a elementos estruturais.

⁷² Así o xustifica a Lei 7/2014, do 12 de setembro, de medidas sobre rehabilitación, rexeneración e renovación urbana, e sobre sustentabilidade, coordinación e simplificación en materia de urbanismo na súa exposición de motivos (apartado VIII): especial mención merece a reforma da licenza urbanística, o instrumento ordinario de intervención no uso do solo. En sintonía coa evolución xeral das técnicas de control administrativo no contexto europeo, a licenza como tal resérvase para os actos de uso do solo máis relevantes, regulándose para os demais o réxime de declaración responsable, lóxicamente máis sinxelo, sen prexuízo de permitir a reacción do concello ante eventuais incumprimentos da normativa. Así mesmo, o artigo 23.2.c) da Lei de urbanismo de Castela e León permite a instalación en solo rústico de infraestruturas, aínda que a somete a autorización autonómica previa, que deberá considerar o interese público do proxecto, a súa conformidade coa natureza rústica dos terreos e a súa compatibilidade cos valores (naturais) protexidos pola lexislación sectorial.

⁷³ A CNMC trae a colación outros informes previos da CNMC e a SECUM sobre esta cuestión. Remítese aos informes da SECUM 26/17014 do 16 de febreiro de 2017; 26/1636 do 25 de maio de 2016; e o Informe UM/024/17 do 19 de febreiro de 2017.

4 Reflexión última

O impulso comunitario, a lexislación sectorial de telecomunicacións e a xurisprudencia, todos eles, foron perfilando os contornos da intervención dos concellos no desenvolvemento e instalación de infraestruturas da chamada sociedade da información. Non obstante, o noso estudo evidencia que aínda seguen xurdindo aspectos conflictivos en tal intervención, como son a existencia de autorizacións ou licenzas previas á instalación ou ao establecemento das ditas infraestruturas, pois conflúen un conxunto de intereses públicos variados –mesmo económicos que subxacen–, de administracións públicas competentes e de dereitos diversos, así como os relativos á delimitación das facultades e das potestades que asisten os concellos en materia de infraestruturas necesarias para a sociedade da información.

O certo é que atopamos unha correcta delimitación dos títulos competenciais de distinta natureza –sectoriais e transversais– en telecomunicacións, nunha “doutrina fortemente consolidada e arraigada” pola xurisprudencia do TS (STS do 11 de febreiro de 2019, FX 4). Segundo esta doutrina xurisprudencial, nin a Administración do Estado pode impor, sen máis, as redes de comunicación sen tomar en consideración as características urbanísticas e ambientais, á marxe das sanitarias, de cada concello, nin estes están lexitimados para establecer limitacións, amparándose en competencias autorizatorias, urbanísticas ou ambientais, ás redes estatais de comunicación. E iso porque tanto unhas como outras competencias van encamiñadas á protección dos intereses xerais.

Por outra banda, en definitiva, está claro que o réxime de autorización ou licenza previa neste ámbito, ao tratarse de instalacións ou infraestruturas físicas, á luz do artigo 17.1 letra b) LGUM, debería estar xustificado por razóns de protección do medio ambiente e do contorno urbano, a seguridade ou a saúde pública e o patrimonio histórico-artístico, sen que estes intereses sexan susceptibles de protección mediante outros medios menos gravosos, como a comunicación previa ou a declaración responsable. Estas previsións víronse reforzadas co artigo 84.bis.2 LBRL, que prevé a necesidade de norma con rango de lei para a existencia dunha autorización e a necesaria proporcionalidade.

Neste traballo resaltamos dúas ordenanzas locais que recollen a existencia de licenzas previas á implantación de infraestruturas de telecomunicacións e que son obxecto de impugnación mediante dous recursos contencioso-administrativos ante a AN, tramitados como procedementos da LGUM. Teñen especial interese ao ser os dous primeiros pronunciamentos deste tribunal polos que se estiman os recursos e se anulan determinados preceptos de ordenanzas reguladoras de telecomunicacións por seren contrarios aos principios de necesidade e proporcionalidade da LGUM.

Por todo iso, unha vez máis, corresponde á xurisprudencia ordinaria aclarar a interpretación normativa do artigo 34.6 LXTT en relación co artigo 17.1 LGUM sobre o réxime de licenzas ou declaracións responsables que sexan aplicables a estas instalacións.

Regap



ESTUDOS

Bibliografía

- ALONSO MAS, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- CARBONELL PORRAS, E. e PIPERATA, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019.
- CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 1999.
- CASARES MARCOS, A.B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- CASARES MARCOS, A.B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, López Ramón, F. (coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, Madrid, 2016.
- CHOLBI CACHÁ, F. e MERINO MOLLINS, V., “Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 7, 2010.
- DE LA TORRE LLUCH, C. e BENZO SÁINZ, I., “Telecomunicaciones y medios de comunicación social”, Ballesteros Fernández, A. e Castro Abella, F. (coords.), *Derecho Local Especial*, vol. 2, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1999.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las telecomunicaciones*, Prólogo Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, outubro-diciembre 2016.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ L., “Municipios y servicios WiFi. Fomento europeo para la conectividad a Internet en el ámbito local”, Carbonell Porras, E. e Piperata, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy*, Prólogo de José Esteve Pardo, Iustel, Madrid, 2020.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por organismos públicos: ¿nuevos operadores?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 108, setembro-diciembre 2020.

- DOMÈNEC SIBINA, T., “Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación”, *Cuadernos de derecho local*, n. 0, 2002.
- ESCOBAR ROCA, G., “El nuevo Derecho de las telecomunicaciones ante el Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, octubre-diciembre 2000.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e QUADRA-SALCEDO, T. (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA GARRO, M.A., “La intervención local sobre las infraestructuras de telefonía móvil según nuestra jurisprudencia”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n. 114, 2012.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales*, Prólogo de Carmen Chinchilla Marín, Monografía asociada a Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, n. 7, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, n. 11, outubro 2010.
- GRAJAL BLANCO, M., “La instalación de telecomunicaciones en un Municipio desde el punto de vista del impacto urbanístico”, *Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, n. 11, 2008.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho: Estudios (2014-2019)*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Allen and Overy, 2019.
- LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 31, maio-agosto de 2002.
- MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, xullo-setembro 2002.
- MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia de la unidad de mercado en las telecomunicaciones: la no exigencia de licencias previas a la instalación de redes de comunicaciones electrónicas”, Guillén Caramés, J. e Cuerdo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Prólogo de José M.^a Marín Quemada, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- MARTI DEL MORAL, A. e DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, Madrid, 2003.

- MOLINA GIMÉNEZ, A., *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico: Análisis de los impactos visuales y radioeléctricos en las comunicaciones móviles*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las Telecomunicaciones”, Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. e Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 4.ª ed., Ariel Derecho, Madrid, 1996.
- PADRÓS I REIG, C. e MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014.
- PENSADO SEIJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 36, maio 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, n. 14, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, setembro-diciembre de 2009.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, mayo 2010.
- REBOLLO PUIG, M. “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008.
- RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura pública*, n. 86, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANZ RUBIALES, I., “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, n. 171, Madrid, setembro-diciembre 2006.

- SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015.
- TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, 2014.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

Regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 113-138
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4723>
© Francisco Javier Carro Castro
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/03/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

As edificacións tradicionais do artigo 40 da Lei do solo de Galicia: concepto, evolución e análise

Las edificaciones tradicionales del artículo 40 de la Ley del suelo de Galicia: concepto, evolución y análisis

Traditional buildings of the article 40 in the Galician urban Law: concept, evolution and analysis

61 Regap

Regap



ESTUDIOS

FRANCISCO JAVIER CARRO CASTRO
Graduado en Dereito
Graduado en Enxeñaría de Edificación
Arquitecto técnico
Subinspector urbanístico

<https://orcid.org/0000-0001-6643-0247>

francisco.javier.carro.castro@xunta.gal

Resumo: A regulación das edificacións tradicionais na lexislación urbanística de Galicia é un feito consolidado no tempo, logo da súa contemplación na anterior LOUGA e na actual Lei do solo de Galicia. Así e todo, esta continuidade é máis aparente que real, xa que os cambios introducidos con esta última norma son significativos.

Este traballo constitúe unha análise e unha reflexión sobre os conceptos que integran a norma e os efectos que provocan os cambios introducidos nos últimos anos, que marcan un cambio de tendencia.

Palabras clave: Edificacións tradicionais, Lei 19/1975, do 2 de maio, patrimonio, características, recuperación, grao de conservación, rehabilitación, reconstrución, ampliación, modificacións.

Resumen: La regulación de las edificaciones tradicionales en la legislación urbanística de Galicia es un hecho consolidado en el tiempo, tras su contemplación en la anterior LOUGA y en la actual Ley del suelo de Galicia. No obstante, esta continuidad es más aparente que real, ya que los cambios introducidos con esta última norma son significativos.

Este traballo constitúe un análise y una reflexión sobre los conceptos que integran la norma y los efectos que provocan los cambios introducidos en los últimos años, que marcan un cambio de tendencia.

Palabras clave: Edificaciones tradicionales, Ley 19/1975, de 2 de mayo, patrimonio, características, recuperación, grado de conservación, rehabilitación, reconstrucción, ampliación, modificaciones.

Abstract: The regulation of traditional buildings in the urban planning legislation in Galicia is a fact consolidated over time, after its treatment in the previous LOUGA and in the current Galician urban Law. However, this continuity is more apparent than real since changes introduced by this last rule are significant. This paper constitutes an analysis and a reflection on the concepts that make up the law and the effects caused by changes introduced in recent years, which determine a change in trend.

Key words: Traditional buildings; Law 19/1975, of May 2, heritage, characteristics, recovery, conservation degree, rehabilitation, reconstruction, enlargement, modifications.

SUMARIO: 1 Enfoque. 2 O concepto consolidado de edificación tradicional. 3 A norma e a súa evolución. 3.1 O novo título. 3.2 Edificacións existentes. 3.3 O mantemento das características esenciais. 3.4 Grao de conservación. 3.5 Aplicación ao solo de núcleo rural. 3.6 Novos usos permitidos. 3.7 A competencia. 3.8 Os parámetros urbanísticos. 3.9 A reforma. 3.10 A xustificación das razóns da ampliación. 3.11 Incremento do 50% do volume orixinal. 3.12 Anterioridade á entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio. 4 A interacción coas previsións establecidas nas normativas sectoriais. 5 Fomento da recuperación do patrimonio construído. 6 A prohibición de demolición de edificacións de valor histórico ou etnográfico. 7 Conclusión.

1 Enfoque

As edificacións tradicionais galegas foron amplamente estudadas desde mediados do século XX¹. Non obstante, no ámbito da lexislación urbanística, o punto de partida da regulación das edificacións existentes “de carácter tradicional ou *de singular valor arquitectónico*” atopámolo na Lei 15/2004, do 29 de decembro, de modificación da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (LOUGA)². Dentro dunha estratexia de conservación, recuperación e posta en valor do patrimonio natural e cultural do noso territorio, esta norma modifica o contido do artigo 40 da LOUGA, que deixa de dedicarse ao “*solo rústico de protección de espazos naturais*” para regular as “*edificacións existentes de carácter tradicional ou de singular valor arquitectónico*”.

O contido deste artigo mantívose inalterado durante a vixencia da LOUGA, pero coa Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia (LSG), introducíronse numerosos conceptos novos. Esas sucesivas incorporacións achegaron complexidade á norma e xeraron certas tensións internas que pola súa vez provocaron –e seguen provocando– a necesidade de novas modificacións aclaratorias.

¹ Os inicios dos estudos da cultura en Galicia asóciase ao Seminario de Estudos Galegos, fundado en 1923, aínda que o primeiro estudo das construcións populares se considera que é a obra *Etnografía. Cultura material*, de Xaquín LORENZO FERNÁNDEZ, xestada na emigración galega en Bos Aires no ano 1962.

² No ano 1997 o conselleiro Cuiña Crespo propuxérase crear unha lei de protección da arquitectura popular. O que finalmente se aprobou foi a Lei 9/2002, que, a pesar de que se ocupaba da “*protección do medio rural*”, contiña escasas referencias a esta particular arquitectura.

Atopámonos ante unha norma xurídica que utiliza numerosos conceptos técnicos –algún dos cales redefine– e que é o resultado dun proceso de incorporacións sucesivas.

A transformación que sufriu a norma desde as súas orixes ata a actualidade é considerable e as modificacións lamentablemente non estiveron acompañadas dunha exposición de motivos que axude a dirixir as necesarias interpretacións para a súa aplicación. Por este motivo, faise necesaria unha análise minuciosa do seu contido, acompañada de interpretacións autorizadas non exentas de crítica. Só así se poderá acadar unha aplicación correcta da norma.

2 O concepto consolidado de edificación tradicional

O tipo de arquitectura a que nos estamos a referir tivo múltiples acepcións ao longo do século XX. Algunhas delas son “indíxena”, “espontánea”, “anónima”, “inmutable”, “inculta”, “folclórica”³, “popular”, “vernácula”, “rural”, “tradicional”, “autóctona”, “típica”, “autoconstruída”, “sen arquitectos”⁴, “rexional”, “rústica”, “primitiva”, “pintoresca”, “corrente”, “común” ou “local”⁵.

Trátase dunha mostra de manifestación popular que comezou a estudarse en España a principios do século XX⁶, como parte integrante do patrimonio histórico e cultural, a través de obras de Manuel BARTOLOMÉ COSSÍO, Vicente LAMPÉREZ Y ROMEA, Leopoldo TORRES BALBÁS ou Fernando GARCÍA MERCADAL⁷.

O Plan Nacional de Arquitectura Tradicional⁸ publicado no ano 2015 como parte integrante dos Plans Nacionais de Patrimonio Cultural, con fundamento na Lei de patrimonio histórico, define a arquitectura tradicional como o “conxunto de construcións que xorden da implantación dunha comunidade no seu territorio e que manifestan na súa diversidade e evolución a súa adaptación ecolóxica, tanto aos condicionantes e recursos naturais, como aos procesos históricos e modelos socioeconómicos que se desenvolveron

³ ASENSIO RODRÍGUEZ, A., DOMÍNGUEZ VIÑAS, R. e RUIZ TRUEBA E., *Miradas a la arquitectura Popular Española. Colección fotográfica de Carlos Flores*, Fundación Siglo para el Turismo y las Artes de Castilla y León, Valladolid, 2017, p. 11.

⁴ ALMARCHA NÚÑEZ-HERRADOR, E., “El descubrimiento y la puesta en valor de la arquitectura popular: de Fernando García Mercadal a Luis Feduchi”, Biel Ibáñez, M.P. e Hernández Martínez, A. (coords.), *Lecciones de los maestros. Aproximación histórico-crítica a los grandes historiadores de la arquitectura española (Seminario Celebrado en Zaragoza los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2009)*, Instituto Fernando El Católico, Universidade de Zaragoza, Zaragoza, 2011, p. 186.

⁵ CERQUEIRA, F., “Estudios da arquitectura lusa. Das Arquitecturas Populares Tradicionais”, *Observe Magazine*, n. 13, xaneiro 2020, p. 40.

⁶ Asíciase este proceso co fenómeno da alfabetización, coa prensa, a fotografía, a creación en 1876 da *Institución Libre de Enseñanza* ou a perda das últimas colonias (Cuba, Puerto Rico e Filipinas) no ano 1898.

⁷ MUÑOZ COSME, A., “La Arquitectura Tradicional. Paisaje cultural, historia social y patrimonio inmaterial”, Muñoz Cosme, A. (dir.), *Libro colectivo: Patrimonio Cultural de España. N. 8. Arquitectura Tradicional. Homenaje a Félix Benito*, Ministerio de Educación, Cultura e Deporte, Madrid, 2014, p. 11.

⁸ É un dos plans máis recentes dunha serie que comeza no ano 1990, co *Plan de Catedrais*, ao que lle seguiron o de *Protección do Patrimonio Arqueolóxico Subacuático* (2007), *Patrimonio Industrial* (2011), *Abadías, Mosteiros e Conventos* (2012), *Arquitectura Defensiva* (2012), *Paisaxe Cultural* (2012), *Conservación do Patrimonio Cultural do Século XX* (2014), *Salvagarda do Patrimonio Cultural Inmaterial* (2011), *Investigación en Conservación do Patrimonio Cultural* (2011), *Conservación Preventiva* (2011) e *Educación e Patrimonio* (2012). Despois deste plan aprobáronse o de *Conservación do Patrimonio Fotográfico* (2015) e *Emerxencias e Xestión de Riscos en Patrimonio Cultural* (2015).

en cada lugar”⁹. Constitúen así “un destacado referente entre os sinais de identidade culturais da comunidade que a xerou, e é o resultado de experiencias e coñecementos compartidos, transmitidos e enriquecidos dunha xeración a outra”.

No caso concreto de Galicia, as orixes do estudo das construcións populares remontáanse a mediados do século XX coa obra *Etnografía. Cultura material* do etnógrafo ourensán LORENZO FERNÁNDEZ¹⁰. Pero máis recentemente os profesores LLANO¹¹ e CAAMAÑO SUÁREZ¹² realizaron extensos traballos relativos a este tipo de arquitectura. Non obstante, TORRES BALBÁS xa describira perfectamente a edificación tradicional galega, que identificaba con casas con “muros de grandes perpiaños graníticos, ben aparelados algunhas veces e postos a espello; rudamente labrados, outras, con aparencia ciclópea, ou de cachotaría, reservando entón os perpiaños para os ángulos. Fortemente sinaladas adoitan quedar as xuntas, en ocasións por un rexuntado de cal; outras, branqueáanse totalmente os muros, mesmo cando sexan de cantaría”¹³.

O profesor CAAMAÑO SUÁREZ entende que a característica predominante da casa-vivenda tradicional é a súa funcionalidade, dando servizo á economía agraria ou mariñeira, así como tamén residencia ao agricultor ou mariñeiro e á súa familia¹⁴. Entende tamén que a parte construtiva máis importante é o muro¹⁵, cuns grosos que varían entre os 50 e os 80 centímetros¹⁶. A pesar diso, existe unha gran variedade de tipoloxías que levou diversos autores a realizar unha clasificación. A máis comunmente aceptada en canto á diversidade das edificacións tradicionais é a dos seis tipos diferenciados que establece o profesor LLANO na súa obra *Arquitectura popular en Galicia*. Trátase da arquitectura da casa redonda ou palloza, a das serras orientais, a da Terra Chá, as das agras coruñesas, a meridional e a mariñeira¹⁷.

3 A norma e a súa evolución

A Lei 15/2004, do 29 de decembro, de modificación da LOUGA, estableceu a regulación das edificacións existentes “de carácter tradicional ou de singular valor arquitectónico”, que se mantivo inalterada ata a aprobación da vixente Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia (LSG); o seu contido foi o seguinte:

⁹ CARRIÓN GÚTIEZ, A. (coord.), *Plan Nacional de Arquitectura Tradicional*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2015, p. 7.

¹⁰ LORENZO FERNÁNDEZ, X., *Etnografía. Cultura material*, Ediciones Boreal, A Coruña, 2013.

¹¹ LLANO CABADO, P. de, *Arquitectura popular en Galicia*, Publicacións do Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia, Santiago de Compostela, 2019 (ed. rev.).

¹² CAAMAÑO SUÁREZ, M., *As construcións da arquitectura popular*, Consello Galego de Colexios de Aparelladores e Arquitectos Técnicos, A Coruña, 2003.

¹³ TORRES BALBÁS, L., *La vivienda popular en España*, 1930, p. 142. Acceso web: <http://oa.upm.es/34265/> p. 260.

¹⁴ CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, Cadernos do Museo do Pobo Galego, Santiago de Compostela, 1999, p. 18.

¹⁵ Non en van é un dos elementos que adoita permanecer en pé nas múltiples edificacións tradicionais en ruína, dispersas polo noso territorio, que foron perdendo paulatinamente elementos como balcóns, carpintarías, forxados ou a cuberta. A robusta construción de moitos deles é mostra dunha técnica depurada tras séculos de utilización.

¹⁶ CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, cit., p. 23.

¹⁷ Cada unha destas arquitecturas diferénciase das demais baseándose nunhas características morfoloxías concretas e no emprego dunhas técnicas e materiais determinados.

“Permitirase en calquera categoría de solo rústico, logo de autorización autonómica conforme o procedemento establecido polo artigo 41, a reconstrución e rehabilitación das edificacións tradicionais ou de singular valor arquitectónico, que poderán ser destinadas a vivenda e usos residenciais, a actividades turísticas e artesanais ou a equipamentos de interese público. A reconstrución ou rehabilitación deberá respectar o volume edificable preexistente e a composición volumétrica orixinal. Así mesmo, logo de autorización autonómica, poderá permitirse por razóns xustificadas a súa ampliación, mesmo en volume independente, sen superar o 10 % do volume orixinario da edificación tradicional. Excepcionalmente, a ampliación poderá alcanzar o 50 % do volume da edificación orixinaria cumprindo as condicións establecidas polos artigos 42 e 44 desta lei”.

Posteriormente, a vixente LSG estableceu unha nova redacción, empezando polo título, que pasou a ser *“edificacións existentes de carácter tradicional”*.

A redacción inicial do artigo 40 da LSG foi a seguinte:

“As edificacións tradicionais existentes en calquera categoría de solo de núcleo ou de solo rústico poderán ser destinadas a usos residenciais, terciarios ou produtivos, a actividades turísticas ou artesanais e a pequenos talleres e equipamentos.

Logo da obtención de título habilitante municipal de natureza urbanística, e sen necesidade de cumprir os parámetros urbanísticos de aplicación salvo o límite de altura, permitirase a súa rehabilitación e reconstrución e, por razóns xustificadas, a súa ampliación mesmo en volume independente, sen superar o 50 % do volume orixinario da edificación tradicional.

En calquera caso, deberán manterse as características esenciais do edificio, do lugar e da súa tipoloxía orixinaria.

Para os efectos do previsto neste artigo, consideraranse edificacións tradicionais aquelas existentes con anterioridade á entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio, de reforma da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana”.

O texto que estableceu a LSG para o artigo 40 puidese parecer a simple vista unha continuidade coa regulación que xa existía. Mesmo a propia Dirección Xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo (DXOTU) o manifesta así nos informes que emite, como resposta ás consultas formuladas por diversos concellos, en cumprimento da competencia da Secretaría Xeral para o *“asesoramento e a emisión de informes sobre a aplicación e interpretación da normativa vixente en materia de urbanismo”*¹⁸. Así se entende cando afirma que *“o artigo 40 da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, fai extensible o réxime previsto na normativa anterior para as edificacións tradicionais en solo rústico ás existentes en solo de núcleo rural”*¹⁹. Ademais, na exposición de motivos da Lei 2/2016 non atopamos ningunha referencia ao apartado que regula as edificacións tradicionais²⁰, o que puidese entenderse como unha ausencia de necesidade de explicación

¹⁸ Artigos 10.1.q do Decreto 167/2015, do 13 de novembro, e 13.1.q) do Decreto 42/2019, do 28 de marzo.

¹⁹ Expediente CP-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 16.04.2019.

²⁰ Convén recordar aquí a relevancia das exposicións de motivos da norma á hora de realizar unha interpretación xenética e histórica que nos permita concretar a proposición xurídica. Esa exposición de motivos faise aínda máis necesaria cando se

por non existir nada novo que explicar. Pero iso non é así, xa que entre as versións do artigo 40 da LOUGA e o artigo 40 da actual LSG existen importantes diferenzas²¹.

A actual LSG incorporou substanciais novidades que na práctica teñen consecuencias relevantes sobre o patrimonio arquitectónico tradicional. Debullaremos os múltiples conceptos que conforman a regulación e prestaremos a debida atención a esas novidades, o que nos permitirá darnos conta do cambio de rumbo que están a provocar estas últimas incorporacións.

3.1 O novo título

Na redacción dada pola actual LSG ao artigo 40, é de destacar a omisión no título da referencia ao concepto de edificacións “*de singular valor arquitectónico*”. Deste xeito, o título refírese soamente ao concepto de “*edificacións existentes de carácter tradicional*”. Veremos máis adiante que esta omisión vai na liña dunha recoñecida intención de garantir a seguridade xurídica, neste caso eliminando un dos dous conceptos do título, a pesar de que no corpo do artigo seguen existindo numerosos conceptos xurídicos indeterminados²².

BERMÚDEZ FERNÁNDEZ considera que a redacción orixinaria do artigo, do ano 2004, facía mención, por un lado, ás edificacións de carácter tradicional e, por outro, ás edificacións de singular valor arquitectónico²³. Faino afirmando que “*a versión do ano 2004 abrangúa non só as tradicionais senón tamén as edificacións «de singular valor arquitectónico»*”. Consideramos que esta interpretación non é a máis correcta, xa que entendemos que o emprego da conxunción “ou” na expresión “*edificacións existentes de carácter tradicional ou de singular valor arquitectónico*” vén supor unha forma alternativa de referirse ao mesmo elemento identificado de distinta forma. Cremos que iso é así porque as dúas expresións se integran dentro do concepto de patrimonio arquitectónico tradicional que se pretende recuperar, segundo se indica no apartado IV.e) do preámbulo da Lei 15/2004, do 29 de decembro, de modificación da LOUGA.

3.2 Edificacións existentes

O concepto de edificación “*existente*” indicado na lei precisa o regulamento que a desenvolve, ao sinalar no artigo 63 que “*por edificación existente se entende aquela que estivese rematada na data indicada*” e que, así mesmo, “*deberá presentar un grao de conservación tal que permita apreciar as súas características esenciais*”.

incorporan tantas e tan substanciais novidades como as que afectan á norma analizada.

²¹ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, *REDAS: Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 2, 2018, p. 6.

²² A maiores da pretendida seguridade xurídica, parece que a omisión da referencia ás edificacións “*de singular valor arquitectónico*” vén condicionada pola novedosa identificación das edificacións tradicionais en relación cun momento temporal concreto do ano 1975 e a dificultade para apreciar o singular valor arquitectónico en edificacións próximas a esta data.

²³ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, cit., p. 6.

A necesidade de apreciar as súas características esenciais atopa xustificación no feito de que é requisito necesario para permitir a súa reconstrución²⁴. Se a edificación conta con partes arruinadas que, aínda así, permiten no seu conxunto apreciar as características esenciais da edificación, esas partes arruinadas poden computar para o volume orixinario. Se, pola contra, algunha das partes xa non existe ou os restos non permiten apreciar as súas características esenciais, esas partes non se poden computar para o volume orixinario²⁵.

3.3 O mantemento das características esenciais

O artigo 63 do RLSG incorpora o requisito de que as edificacións tradicionais existentes deben presentar un grao de conservación tal que permita apreciar as súas características esenciais.

Así mesmo, o artigo 40 da LSG, tras facer mención ás múltiples actuacións permitidas nestas edificacións, incorpora, como non podía ser doutro xeito, o requisito de que *“se deberán manter as características esenciais do edificio, do lugar e da súa tipoloxía orixinaria”*.

A DXOTU, en resposta a unha consulta formulada²⁶, indica, en relación coas características esenciais, que *“ao tratarse dun concepto xurídico indeterminado e que non se concreta desde a normativa urbanística, é a través da xurisprudencia e a doutrina cando se perfila o que debe entenderse por características esenciais, cuestión esta que corresponde determinar ao concello, no exercicio da súa competencia municipal no outorgamento da licenza urbanística e no ámbito do correspondente expediente, á vista dos datos existentes neste”*. Un exemplo da análise do mantemento das características esenciais da tipoloxía orixinaria do edificio atopámolo na recente Sentenza 28/2021, do 19 de febreiro, do Xulgado do Contencioso-Administrativo n.1 de Ourense, que analiza un caso dunha edificación orixinaria de planta baixa con cuberta a catro augas que acabou sendo unha edificación de planta baixa e planta alta con cuberta a dúas augas²⁷.

²⁴ Consideramos que esas características esenciais deben seguir sendo identificables, ao longo de toda a edificación, tras as obras de *“reforma”, “rehabilitación”, “reconstrución”* ou mesmo *“ampliación”*. No caso contrario, en que nos poñamos diante da edificación resultante e non sexamos capaces de identificar a edificación tradicional orixinaria, estaremos ante unha actuación distinta non subsumible nesta norma, que naceu co obxectivo claro e inequívoco de *“conservar”* e *“recuperar”* unha parte concreta do noso patrimonio cultural.

²⁵ Expediente CP-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 16.04.2019.

²⁶ Expediente CC-18/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 25.04.2018.

²⁷ Sentenza 28/2021, do 19 de febreiro, do Xulgado do Contencioso-Administrativo n.1 de Ourense (Procedemento Ordinario 64/2019). No seu fundamento de dereito segundo indícase que *“da proba practicada se acreditou, tal como se expuxo anteriormente, unha transformación da tipoloxía construtiva, isto é, dunha edificación orixinaria de tipoloxía de planta baixa e mais cuberta a catro augas, mudouse por unha edificación de planta baixa á que se incorporou unha planta primeira e mais unha cuberta a dúas augas”*.

Do mesmo xeito, indícase que *“descendendo ao caso en concreto, hase de partir que a edificación orixinaria era de tipoloxía de planta baixa, e mais cuberta a catro augas, e, non obstante, atopáramonos cunha edificación resultante de planta baixa, e mais planta primeira, e mais cuberta a dúas augas. Así e tal como se reflicte no informe, non se realizou unha reconstrución do espazo arruinado, senón que nese espazo preexistente se executou unha obra nova. Deste modo, a destrución da cuberta a catro augas, tal e como se aprecia na documental fotográfica, unida á transformación da súa tipoloxía orixinal ao incorporar unha nova planta e unha nova cuberta a dúas augas impide que se poida computar o volume orixinario dos faldróns da cuberta orixinal como se se tratase dunha ‘reconstrución’. Estas novas obras non se corresponderían coas obras de reconstrución tal como se define no artigo do Regulamento anteriormente transcrito”*.

O informe 136/2018 do Consello Consultivo de Galicia (CCG)²⁸, no cal se interpreta o artigo 40 da Lei 2/2016, concreta este aspecto e indica que “*as características esenciais poden ser definidas como aquelas que, a maiores das que conforman a tipoloxía edificatoria e da catalogación patrimonial dunha construción ou dalgún dos seus elementos, singularizan a edificación e definen a súa esencia. Como exemplos podemos citar as seguintes: distribución interior, forxados, sistema construtivo ou todos estes elementos no seu conxunto conformando a morfoloxía da edificación*”²⁹. Trátase dunha definición bastante acertada que incorpora unha serie de elementos considerados clave na nosa arquitectura tradicional³⁰.

O informe continúa dicindo que “*debe exixírselle ao promotor unha motivación suficiente de calquera afastamento ou non conservación dos elementos orixinais e tipoloxía antes relacionados. Así, a regra xeral será o mantemento, e a excepción a non conservación dalgún ou algúns dos elementos que, por non singularizar nin definir a edificación, permita a súa substitución sen afectar a características esenciais do edificio.*”

Esta motivación poderá considerarse suficiente ou idónea, cando veña acompañada dunha descrición detallada do estado do edificio, tanto escrita como gráfica, e prestarlle especial atención aos elementos que sexan obxecto de substitución por outros diferentes dos orixinais, ás razóns que determinen estas substitucións e á súa consideración de accesorios, así como ao xuízo expreso, razoable e razoado de por que, a pesar da súa alteración, se está a manter a tipoloxía orixinal e características esenciais do edificio.

Así, ten que constar no expediente unha xustificación expresa, cuantitativa e cualitativamente suficiente, de todo aquel elemento esencial ou da característica tipolóxica orixinal do edificio que pretenda substituírse ou non conservarse desde a perspectiva de que non é unha característica esencial deste”.

A DXOTU, con posterioridade á consulta en que se fai mención ao carácter de concepto xurídico indeterminado do termo, estableceu un criterio³¹, que mantén en

²⁸ CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA, “Doutrina do ano 2018 da Sección de Estudos e Informes, Informe CCG 136/2018”, *Consello Consultivo de Galicia. Memoria 2018*, Consello Consultivo de Galicia, Santiago de Compostela, 2019, p. 65.

²⁹ Consideramos que existen moitos outros elementos esenciais, como poden ser os patíns exteriores de acceso á planta alta, os corredores, as solainas, os soportais ou as galerías. A maiores, unha parte fundamental da morfoloxía da edificación, e que polo tanto forma parte das características esenciais desta, é a cuberta, sobre todo no que se refire a número de faldróns ou pendente destes, como vemos na Sentenza 28/2021, do 19 de febreiro, do Xulgado do Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ourense. No seu fundamento de dereito segundo indícase que “*a edificación resultante aumenta o volume en altura eliminando unha das súas características orixinais que é a cuberta a catro augas e substitúese por unha cuberta a dúas augas que parte dunha nova planta*”. Por iso, as alteracións na configuración da cuberta deben ser as estritamente necesarias para realizar as actuacións permitidas, o cal facilita o recoñecemento da edificación tradicional tras as obras realizadas. Do mesmo modo, o número de plantas da edificación tradicional orixinaria tamén é un elemento esencial desta, polo que non debería variar, na procura do mantemento da morfoloxía da edificación, como parte das características esenciais desta. Consideramos por iso que a cifra do incremento do 10% do volume se estableceu pensando en casos en que era recomendable incrementar a edificación en altura, no caso de que exista a necesidade de adaptala aos estándares actuais –executando unha nova cuberta lixeiramente máis elevada–, e que o incremento do 50% do volume, de moita maior entidade que o suposto anterior, se estableceu pensando na creación de novos corpos independentes ou, como moito, acaroados nos laterais, cuxa execución apenas altera as características da edificación orixinaria e permite seguir identificándoa.

³⁰ A finais dos anos 90 do século pasado existía certo desexo de elaborar unha norma de protección da arquitectura popular en Galicia, nas súas distintas manifestacións, ao longo das diversas áreas de estudo con características máis ou menos homoxéneas. Aquela norma concreta non chegou a ver a luz, pero consideramos que un aspecto que non podía faltar naquel texto, en forma de identificación dos elementos característicos de cada unha das distintas arquitecturas, se converte en necesario na actualidade para dar cumprimento ao mandato de mantemento das “*características esenciais*”, que son unhas concretas e non as que cada un podamos considerar.

³¹ Expediente CC-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 01.10.2019.

parte esta liña, ante unha nova consulta relativa a este concepto de “*características esenciais*”. Neste informe indícase que “*a configuración deste precepto está referida principalmente ao concepto de edificación tradicional herdado da normativa anterior (non referida a unha data concreta), o que implica que a existencia de que se manteñan as características esenciais do edificio, do lugar e da súa tipoloxía orixinaria se deba entender referida, fundamentalmente, a aquelas edificacións tradicionais que polas súas características e tipoloxía teñan esa natureza, dado que poden existir edificacións anteriores á entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio, que non teñan tecnicamente esa consideración de tradicional*”.

Con este criterio véñse indicar que a súa aplicación é soamente para unha parte das edificacións que son obxecto do artigo 40 da LSG, en concreto para as edificacións puramente tradicionais. Este criterio é moi significativo da necesidade de reflexionar acerca da anomalía que supón seguir regulando dentro do mesmo artigo situacións claramente diferenciadas, para as que se está a interpretar que a norma non lles debe afectar da mesma forma.

Para concluír con esta análise, facemos nosa a recomendación final que o CCG realiza no seu Informe 136/2018. Esta recomendación consiste en que, “*co obxecto de evitar actuacións contraditorias, é recomendable que os concellos, e por extensión as deputacións que lles prestan asistencia neste campo, aproben instrucións técnicas de unificación de criterios que lles faciliten o labor dos profesionais e dos funcionarios, que reduzan a enorme discrecionalidade existente e que doten de seguridade xurídica un procedemento (o outorgamento de licenza) que en esencia debe ser regulado. Estas instrucións poden actualizarse periodicamente, en función dos precedentes establecidos nos asuntos que se resolvan, e poden complementarse coa xurisprudencia que eventualmente poida ditarse ao analizar a aplicación dos preceptos debatidos*”.

Regap



ESTUDIOS

3.4 Grao de conservación

Lamentablemente, moitas das edificacións tradicionais ás que lles é de aplicación o artigo 40 da LSG atópanse en avanzado estado de deterioración, cando non en situación ruínosa³².

A existencia dun grao de conservación tal que permita apreciar as características esenciais da edificación pode parecer unha exixencia sen demasiada importancia. En realidade, ten unha especial relevancia no sentido de funcionar como un incentivo para conservar as edificacións e non perder a oportunidade de poder acollerse a este réxime urbanístico excepcional. Por iso, se o grao de conservación non alcanza o mínimo exixido, esa realidade non debe poder ser subsumida no ámbito de aplicación do artigo 40 da LSG³³.

³² Esta penosa realidade agrávase aínda máis cos múltiples casos no contorno inmediato dos cales existen outras edificacións máis recentes a medio construír, con ladrillo á vista, sen tella, sen ventás ou mesmo sen chanzos, creando unha situación de dobre deterioración da paisaxe, tanto por parte da edificación abandonada como por parte da nova edificación.

³³ Do mesmo modo que tampouco o pode ser un resultado en que non se poidan apreciar as características esenciais da edificación tradicional orixinaria, cuxo máximo expoñente é a situación en que sexa imposible identificar xa a edificación orixinaria.

Neste sentido, é moi clarificador o criterio sentado pola DXOTU³⁴, polo que pasamos a reproducir a resposta á consulta formulada.

“A existencia duns mínimos de conservación do inmovible debe contextualizarse na aplicación deste réxime excepcional, constituíndo un dos mecanismos que a normativa urbanística contempla entre as medidas para fomentar a recuperación do patrimonio construído e o mantemento das edificacións existentes, fronte á proliferación das novas edificacións. Polo tanto, en ningún caso, debe entenderse que a aplicación do artigo 40 pode dar lugar a unha obra nova, aínda que sexa co mesmo volume que a orixinaria.

Para tal efecto a lei establece no artigo 40 un réxime aberto onde as únicas limitacións paramétricas se refiren á escala das edificacións (altura e volume), de forma que se prime a súa recuperación sempre e cando a ampliación proposta garde uns mínimos de proporcións con respecto ao volume orixinario da edificación tradicional, eximindo do cumprimento doutros parámetros de implantación como parcela mínima, recuamentos, porcentaxe de ocupación [...] que imposibilitarían a recuperación de moitas edificacións.

En resumo, para a aplicación deste artigo debe existir unha edificación que, aínda que dispoña de partes arruinadas, sexa susceptible de reconstrución (acción destinada a completar un estado previo do inmovible arruinado utilizando como base partes orixinais deste cuxa autenticidade se poida acreditar), rehabilitación e mesmo reforma sempre e cando se manteñan as características esenciais do edificio, do lugar e da súa tipoloxía orixinaria.

Deste xeito, o grao de conservación necesario debe analizarse en cada caso concreto desde o punto de vista arquitectónico e técnico, cuestión que corresponde determinar ao concello correspondente, no exercicio da súa competencia municipal no outorgamento da licenza urbanística e no ámbito do correspondente expediente, á vista dos datos que constan nel, sen poder ser cuantificado nunha lei”.

Á marxe da consideración xeral, repetimos aquí a importantísima reflexión de que *“en ningún caso debe entenderse que a aplicación do artigo 40 pode dar lugar a unha obra nova, aínda que sexa co mesmo volume que a orixinaria”*. Considerámola enormemente acertada, pero lamentamos que non forme parte do texto da LSG ou, polo menos, do decreto que a desenvolve. A súa inclusión dunha forma explícita sen dúbida permitiría salvar do derrubamento un número considerable de edificacións tradicionais.

3.5 Aplicación ao solo de núcleo rural

Unha das novidades na actual regulación é a súa aplicación tamén ás edificacións tradicionais existentes en calquera categoría de solo de núcleo. A súa inclusión crea certa complexidade na repartición competencial en canto a aspectos vinculados se refire, como o que vemos na recente Sentenza 29/2021, do 22 de xaneiro, do TSX de Galicia³⁵.

³⁴ Expediente CP-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 16.04.2019.

³⁵ Sentenza 29/2021, do 22 de xaneiro, da Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, ditada no recurso de apelación n.4149/2018 (ECLI:ES:TSXGAL:2021:981). Nesta sentenza conclúese, no fundamento de dereito terceiro, que *“á vista do desenvolvemento construtivo que se constata das fotografías que constan no expediente poderíase ter encaixe a dita reconstrución co ditado do art. 40 da LSG; por iso, a competencia para examinar a legalización ou non desa reconstrución devén municipal. Tampouco está acreditado dos autos a demolición total da edificación xa que debemos convir que a*

A xeito de exemplo, un uso residencial en solo rústico é competencia autonómica, mentres que en núcleo rural é competencia municipal. A redacción actual do artigo 40 asigna a competencia sobre unha edificación tradicional en solo rústico aos concellos, pero a regra xeral da competencia, en canto a usos residenciais en solo rústico, é que é autonómica, polo que a liña divisoria nalgúns casos será difusa. Aínda así, a inclusión das edificacións tradicionais “*en calquera categoría de solo de núcleo*” parece un acerto. O solo de núcleo rural é unha parte absolutamente fundamental do medio rural e, polo tanto, do patrimonio natural e cultural do noso territorio, polo que non tiña sentido que esta clase de solo non tivese cabida no artigo pensado para a recuperación do noso patrimonio arquitectónico tradicional.

3.6 Novos usos permitidos

A nova regulación incorpora como novidade a posibilidade de dedicar estas edificacións a usos terciarios ou produtivos, así como a pequenos talleres. Amplíanse así as posibilidades de uso en coherencia coa propia historia das edificacións tradicionais en Galicia. O medio rural tiña unha importancia enorme na época preindustrial, polo que os asentamentos de poboación se caracterizaban, entre outras cousas, por teren unha gran riqueza de usos, o que permitía cubrir en boa parte as necesidades da poboación que o habitaba.

Na actualidade, como sucede en moitos aspectos da vida, volvemos retomar certas cousas do pasado, redefinímolos e convertemos aquela complexidade de usos no medio rural no que hoxe coñecemos por “*cidade de proximidade*” ou “*cidade dos 15 minutos*”, na que temos preto unha gran variedade de servizos.

En liña con esa admisibilidade de múltiples usos está o informe da DXOTU do 1 de febreiro de 2019³⁶, que indica que “*nada obsta a que poida desenvolverse máis dun uso na mesma edificación, sen prexuízo doutras consideracións*”. Esta previsión pasou recentemente a formar parte do texto do artigo 63 do RLSG.

Para entender un pouco mellor os novos usos posibles, acudimos de novo ás consultas sobre as que informou a DXOTU. Nunha delas³⁷ vemos que, ante unha consulta acerca da posibilidade de encaixe dentro do uso produtivo, “*o uso de almacenamento de produtos fitosanitarios e axentes do medio ambiente*” consistiría nun “*uso industrial*” e “*non se pode considerar que o uso de almacenamento de produtos fitosanitarios e axentes de medio ambiente teña encaixe nos usos previstos no artigo 40 da Lei 2/2016*”.

Atrévémonos respectuosamente a discrepar desta postura partindo da base desa multiplicidade de usos en tempos pretéritos no medio rural. Argumentámolo

APLU parte sempre dunha presunción de demolición de dúas fachadas, pero non contrastadas. Discrepamos respectuosamente deste razoamento. En primeiro lugar, porque “*podería*” ten un significado moi distinto ao termo “*pode*”, pero en segundo lugar porque non debemos perder de vista a edificación tradicional e o mantemento das súas características esenciais, da protección das cales se encarga o citado artigo. Ante unha actuación edificatoria que dificulta a identificación da edificación tradicional orixinaria, ata o punto de imposibilitala, resulta xa irrelevante o feito de que se acreditase a total demolición de dúas paredes ou das catro. O resultado simplemente non debe ser subsumido na norma ao non formar parte da súa *ratio legis*.

³⁶ Expediente CC-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 01.10.2019.

³⁷ Expediente CC-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 22.04.2019.

apoiándonos en que tanto o uso produtivo como o de almacenaxe os atopamos no artigo 21 do Decreto 83/2018, do 26 de xullo, polo que se aproba o Plan Básico Autonómico de Galicia (PBA), en ambos os dous casos como usos pormenorizados dentro do uso global industrial. E o mesmo sucede nas definicións do anexo I do RLSG, nas que vemos que os usos produtivo e de almacenaxe son usos industriais pormenorizados dentro do uso global industrial.

Por un lado, como vimos anteriormente, o artigo 40 é de aplicación tamén como non podía ser doutro modo, no solo de núcleo rural, e o artigo 25.1 da LSG reconece o uso produtivo como complementario do uso residencial, característico desta clase de solo.

Por outro lado, o artigo 22.3 do PBA, relativo ao uso produtivo dentro do uso global industrial, considera dúas categorías, sendo a primeira “*industrial compatible residencial*” e a segunda o resto de actividades industriais. O artigo detalla un pouco máis e indica que a primeira categoría engloba “*aquelas actividades industriais compatibles co uso de vivenda dentro da mesma edificación ou terreo, sendo este o uso característico en zonas urbanas ou de núcleo rural*”.

En liña co anterior informe da DXOTU relativo á consulta acerca do almacenamento de produtos fitosanitarios, temos outra consulta sobre a que se emitiu informe o 01 de outubro de 2019³⁸ que considera unha carpintaría de madeira como un uso industrial e, polo tanto, non admisible nin en núcleo rural nin en solo rústico baseándose na regulación xeral para estas clases de solo.

De novo atrevémonos respectuosamente a discrepar empregando para iso o argumento de que a profesión da carpintaría estivo moi estendida polo noso territorio desde tempos ancestrais. Pero non xa só a carpintaría de pequena escala, senón a que puido ser considerada de escala intermedia, como puideren ser as tradicionais carpintarías de ribeira nas cales se fabricaban e reparaban as embarcacións que ían ao mar.

Entendemos con estes argumentos que determinados usos industriais, en certo modo próximos a unha actividade artesanal, deben ser admisibles nas edificacións tradicionais en coherencia co funcionamento histórico dos asentamentos de poboación no medio rural, así como cos novos paradigmas aplicables á configuración urbanística dos asentamentos humanos por excelencia, que son as cidades.

No que respecta á referencia aos “*pequenos talleres*”, esta última consulta obxecto de informe pola DXOTU³⁹ acláranos que “*o vocábulo taller se refire aos establecementos nos que se realizan traballos artesanais ou manuais*” e que, ante a falta de fixación na norma duns parámetros cuantitativos ou cualitativos determinados, “*infírese que as dimensións e a configuración dos talleres non deben superar nin alterar de forma substancial as que corresponden ás edificacións tradicionais que lles serven de soporte físico*”.

³⁸ Expediente CC-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 01.10.2019.

³⁹ Expediente CC-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 01.10.2019.

3.7 A competencia

O elemento máis interesante de toda a produción popular é a casa⁴⁰, e a regulación orixinaria do artigo 40 da LSG era aplicable soamente ao solo rústico. Con estes datos de partida, a competencia autonómica neste tipo de actuacións era fundamental, tanto para o outorgamento da autorización autonómica previa como ante actuacións de protección da legalidade urbanística.

Coa nova redacción, as actuacións permitidas neste tipo de edificacións pódense realizar, en liñas xerais, simplemente co título habilitante municipal de natureza urbanística, cuxa administración pasa a ter un papel determinante no control das obras a realizar neste tipo de edificacións, tanto en solo de núcleo rural como en solo rústico. Isto confirmámolo coas consultas sobre as cales a DXOTU emitiu informe o 7 de marzo de 2019, ao indicar que “*as cuestións formuladas en relación á aplicación do artigo 40 [...] corresponden, exclusivamente, ao concello*”; o 16 de setembro de 2019, coa mención á innecesariedade de “*autorización autonómica previa ao título habilitante municipal*”; ou o 20.12.2019 indicando que “*corresponde exclusivamente ao concello [...] valorar [...] se a actuación prevista encaixa no suposto regulado no artigo 40 da Lei 2/2016*”⁴¹.

3.8 Os parámetros urbanísticos

A redacción orixinaria do artigo permitía a reconstrución e a rehabilitación das edificacións sen necesidade de ter que cumprir ningún parámetro urbanístico. A maiores permitía, por razóns xustificadas, as ampliacións de ata o 10 % do volume, tamén sen necesidade de xustificar o cumprimento de ningún parámetro urbanístico⁴². Só no caso de que a ampliación fose de entre o 10 % e o 50 % do volume era necesario xustificar o cumprimento dunha serie de parámetros urbanísticos tales como superficie mínima de parcela ou recuamentos a lindes.

Na actualidade, as obras permitidas de reforma, rehabilitación, reconstrución e ampliación, de ata o 50 % do volume orixinario, poden realizarse sen necesidade de xustificación da ampliación e sen que sexa preciso xustificar o cumprimento de ningún parámetro urbanístico, salvo o límite de altura⁴³. Iso si, deixando a salvo a

⁴⁰ CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, cit., p. 5.

⁴¹ Atrévemonos respectuosamente a achegar un matiz a esta interpretación para limitar a competencia municipal á actuación de comprobación do cumprimento dos límites concretos establecidos para as actuacións concretas permitidas, que son “*reforma*”, “*rehabilitación*”, “*reconstrución*” e “*ampliación*”. Entendemos que calquera actuación edificatoria que non poida ser subsumida en ningunha destas catro actuacións non está dentro da *ratio legis* da norma e, polo tanto, non é competencia municipal.

⁴² Entendemos que esta regulación concreta era coherente coa exposición de motivos da norma, que pretendía “*conservar*” e “*recuperar*”. Mesmo nos aventuramos a indicar que a posibilidade de incremento do 10 % do volume se estableceu pensando en adaptar a altura das edificacións aos parámetros actuais, lixeiramente superiores aos tradicionais. Tratábase dunha ampliación que dificilmente podería alterar a esencia da edificación tradicional.

⁴³ O límite de altura de dúas plantas non debera levar á conclusión de que unha edificación dunha única planta pode ser obxecto de obras de ampliación coa adición dunha segunda planta, xa que iso entra en colisión co mantemento de, polo menos, unha das características esenciais da edificación, que é o número de plantas desta.

servidume de luces e vistas que figuran nos artigos 581, 582 e 585 do Código civil⁴⁴, como deixa claro a Sentenza 30/2016, do 15 de xaneiro, do TSX de Castela e León⁴⁵.

Como se pode apreciar, a actual regulación, en relación coa orixinaria, fai máis atractiva a intervención neste tipo de edificacións polas actuacións que se permiten, pero sobre todo polas escasas exixencias de cumprimento normativo ou de xustificación de ningún tipo.

Deixando a un lado o incremento máximo de volume permitido, esta falta de exixencia de cumprimento de parámetros urbanísticos, salvo o límite de altura, vese confirmada en varias respostas que a DXOTU dá ás respectivas consultas⁴⁶.

En relación co cumprimento do límite da altura, son varias as consultas⁴⁷ formuladas á DXOTU nas que a resposta é que “o límite de altura resulta exixible ás obras que se pretendan levar a cabo, non sendo impedimento que a edificación tradicional exceda tal parámetro”. En realidade, este pronunciamento podería chegar a parecer innecesario, porque a gran maioría de edificacións tradicionais no medio rural contan cunha ou dúas plantas e non adoitan superar os sete metros de altura, xa que estaban construídas en coherencia coas limitacións propias da técnica construtiva da época e os materiais empregados. Non obstante, esta previsión concreta pasou recentemente a formar parte do texto do artigo 63 do RLSG.

3.9 A reforma

Tanto a redacción orixinal da LOUGA como a da LSG contaban na súa redacción coas palabras rehabilitación, ampliación e construción, pero na súa redacción actual, tras a reforma introducida polo artigo 13.seis da Lei 7/2019, do 23 de decembro, de medidas fiscais e administrativas, incorporouse tamén o concepto de reforma. Iso xa o avanzou a DXOTU en resposta a varias consultas⁴⁸, ao indicar que “*unha interpretación integrada e coherente da dita regulación debe considerar incluídas tamén as obras de reforma*”.

⁴⁴ PRIMO LLÁCER, A.M., *La servidumbre de luces y vistas*, tese de doutoramento (G. Guizzi / titor, M.E. Clemente Meoro / titor e director, e J. Estruch Estruch / director), Universidade de Valencia e Università Degli Studi di Napoli Federico II, Valencia, 2015, p. 206. “*A servidume legal de luces e vistas é unha manifestación do dereito de propiedade que non pode quedar coartado por un plan urbanístico ou unha licenza de obras. No caso da licenza de obras, o infractor non pode escudarse nunha autorización ou licenza municipal outorgada precisamente deixando a salvo o dereito de propiedade e sen prexuízo de terceiro porque ese documento expresa unicamente a inexistencia de obstáculos administrativos sen atender á imposición dunha carga á propiedade contigua*”.

⁴⁵ Sentenza 30/2013, do 15 de xaneiro, do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, Sala do Contencioso, ditada no recurso de apelación número 827/2011 (ECLI:ES:TSXCL:2013:441). Esta sentenza confirma a sentenza contra a que se apelou que estima o recurso presentado fronte á actuación constitutiva de vía de feito da Deputación demandada, consistente na execución das obras de rehabilitación e ampliación do teatro Ramos Carrión, en canto ao corpo acaroado ao inmoble do recorrente, por vulnerar a servidume perpetua de luces e vistas constituída ao seu favor, con prohibición de edificación nunha franxa de tres metros. Deixa claro que este dereito non pode quedar coartado por unha norma administrativa ou un acto se non media expropiación dese dereito de propiedade, con base no artigo 33.3 da Constitución española.

⁴⁶ Expedientes CC-18/..., CC-18/... e CP-17/..., sobre os cales a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informes o 19.03.2018, 31.07.2018 e 17.11.2017 respectivamente.

⁴⁷ Expedientes CC-18/..., CC-19/... e CP-19/..., sobre os cales a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informes o 26.03.2018, 07.03.2019 e 16.04.2019 respectivamente.

⁴⁸ Expedientes CC-19/... e CP-19/..., sobre os cales a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informes o 07.03.2019 e 16.04.2019 respectivamente.

3.10 A xustificación das razóns da ampliación

Recordamos aquí que a redacción orixinaria establecida coa Lei 15/2004 indicaba que se permitirá “a reconstrución e rehabilitación” e que “poderá permitirse por razóns xustificadas a súa ampliación”, mesmo en volume independente”.

Posteriormente, a redacción orixinaria da LSG indicaba que “se permitirá a súa rehabilitación e reconstrución e, por razóns xustificadas, a súa ampliación mesmo en volume independente”. Esta mesma redacción é a que posteriormente se incorporou ao RLSG no artigo 63.

Como vemos, as dúas primeiras redaccións requirían xustificar as razóns da ampliación. No caso concreto da redacción orixinaria da LSG, así o entendeu tamén o CCG no seu informe 136/2018 en relación coa interpretación de certos conceptos xurídicos indeterminados, como é o de “razóns xustificadas”. A interpretación que propuxo o CCG era a seguinte:

“Debe entenderse que non hai un límite legal, cualitativo ou cuantitativo, para as razóns que poidan invocarse, de forma que estas poderían ser de calquera índole sempre que se xustifiquen apropiadamente.

Polo tanto, e de acordo coa literalidade tanto da lei como do regulamento que a desenvolve, poden ser razóns xustificadas tanto as estritamente técnicas (accesibilidade, habitabilidade) como outras de carácter social e totalmente independentes da normativa urbanística. Non obstante, en ningún caso as razóns xustificadas poden depender de razóns de oportunidade, irracionais ou arbitrarias.

Sentado o anterior, o que si exige a lei é que calquera que sexa a razón ou razóns invocadas estean debidamente xustificadas, polo que, en función da causa, se deberá exixir unha acreditación suficiente da concorrencia desta, e deberá constar no expediente unha motivación, expresa e suficiente, da concorrencia destas razóns xustificadas. A sensu contrario, non será suficiente a mera invocación destas, e deberán ser causas reais e, como tales, acreditables, non meras hipóteses, futuras ou conxecturas”.

Este mesmo criterio xa o establecera o CCG no ditame 253 do ano 2016⁴⁹ en relación co Proxecto de decreto de Regulamento da Lei 2/2016 ao indicar que “debe entenderse que a exigencia de xustificación que contempla o artigo 4o da lei se refire a toda ampliación, e non só á que se faga en volume independente”.

Non o entendeu así a DXOTU ante consultas sobre a interpretación da redacción orixinaria da LSG. Os informes emitidos⁵⁰ estableceron o criterio de que “a expresión «por razóns xustificadas» debe entenderse referida á posibilidade de que a ampliación se materialice nun volume independente, pero non como requisito para permitir esa ampliación”. Efectivamente, a necesidade de ocupar máis solo debora requirir algún tipo de xustificación. Non obstante, a ampliación do propio volume da edificación

⁴⁹ Ditame 253/2016, do Consello Consultivo de Galicia en relación co Proxecto de decreto do Regulamento da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia.

⁵⁰ Expedientes CC-19/... e CP-19/..., sobre os cales a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informes o 07.03.2019 e 16.04.2019 respectivamente.

debera requirir unha xustificación polo menos similar á previa, xa que este tipo de ampliación é a que máis pode alterar a morfoloxía orixinaria da edificación tradicional, sobre todo se é en altura⁵¹. A pesar de que esta ampliación en altura adoita ser unha das alternativas máis habituais para incrementar a superficie útil, o profesor GONZÁLEZ-CEBRIÁN TELLO reconece que a edificación tradicional non admite con facilidade este tipo de intervención⁵².

Esta interpretación dada pola DXOTU, igual que no caso anterior do concepto “*reforma*” parece obedecer máis a un desexo (o de establecer un punto de inflexión que marque o cambio de tendencia por vir) que á interpretación histórica tendo en conta os antecedentes do texto precedente. O tempo confirmou esta segunda hipótese e na actualidade, tras a reforma introducida polo artigo 13.seis da Lei 7/2019, do 23 de decembro, de medidas fiscais e administrativas, o texto indica que “*se permitirá a súa reforma, rehabilitación e reconstrución e a súa ampliación, mesmo en volume independente*”. Deste xeito, desapareceu a referencia á necesaria xustificación, facilitando un pouco máis o proceso de ampliación e resolvendo o debate da súa interpretación.

BERMÚDEZ FERNÁNDEZ entendía que o requisito legal de “*razóns xustificadas*” estaba en contradición coa consolidada xurisprudencia do Tribunal Supremo que reiteradamente afirma que a licenza urbanística é un acto administrativo regulado, o que impide que o ordenamento conteña preceptos vagos que introduzan elementos discrecionais na decisión de outorgar a licenza⁵³. Podemos compartir este razoamento en liñas xerais, pero con matices xustificadas pola especificidade do obxecto de análise.

Por un lado, falamos aquí de intervencións sobre un tipo concreto de patrimonio arquitectónico que o fai portador dunha serie de valores culturais. A cultura ten, pola súa propia natureza, un difícil encaixe no estreita armazón dos textos normativos, o que fai que moitas das actuacións que lle afecten deban pasar necesariamente polo filtro de decisións discrecionais, que non arbitrarias.

Por outro lado, resulta sinxelo establecer unha serie de aspectos concretos sobre os que acoutar a posible xustificación da necesidade da ampliación da edificación, como poden ser os avanzados polo CCG ou outros que o lexislador considere oportunos.

Establecer algún tipo de control sobre a posibilidade de ampliación deste tipo de edificacións é unha actuación perfectamente xustificable desde o punto de vista da protección do patrimonio, xa que esas ampliacións adoitan supor unha alteración do ben a protexer. O filtro da xustificación viría a achegar un equilibrio entre a estrita protección da edificación tradicional e a considerable alteración que pode supor a ampliación sobre esta.

⁵¹ Recordemos aquí que a edificación tradicional debe “*presentar un grao de conservación tal que permita apreciar as súas características esenciais*”. Con maior xustificación, o resultado das obras acometidas debera permitir que se sigan identificando as características esenciais da edificación tradicional orixinaria e que non quede esvaecida dentro dunha nova realidade construtiva.

⁵² GONZÁLEZ-CEBRIÁN TELLO, J. e FERREIRA VILLAR, M., *Guía de boas prácticas para a intervención nos núcleos rurais*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2013, p. 217.

⁵³ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, cit., p. 10.

3.11 Incremento do 50% do volume orixinal

Xa vimos que na redacción actual a ampliación que se permite é de ata o 50% do volume orixinal, sen necesidade de xustificación de ningún tipo para iso. Trátase dunha modificación de gran transcendencia, polo que consideramos que a parte fundamental desta ampliación debe ser en volume independente ou, como moito, nun corpo acaroadado a unha das fachadas. No suposto de que o groso da ampliación deste volume se realizase en altura, sería doado que a forma final da edificación tivese moi pouco que ver coa forma orixinaria. Se iso chegase a suceder, estaríamos ante unha alteración substancial do patrimonio arquitectónico tradicional á custa da mera vontade dos promotores das obras, sen ningún tipo de control que o puidese impedir.

Aínda que non do mesmo modo, a enorme transcendencia tamén existe no caso de que a ampliación se realice *“mesmo en volume independente”*. Neste caso non se vería alterado o elemento concreto e individualizado, como pode ser unha vivenda tradicional, pero podería verse enormemente alterada a estrutura do asentamento no que esta se encontre, o que sucedería se se producise unha ampliación simultánea de gran número de edificacións tradicionais nun asentamento de poboación tradicional. E mesmo máis alá do aspecto físico, tanto individual dunha edificación como colectivo dun asentamento, este tipo de actuación pode supor unha importante alteración dos parámetros urbanísticos definidos no planeamento xeral para un determinado asentamento.

En liña con estas facilidades para ampliar a edificación, a DXOTU entende que non é un obstáculo⁵⁴, para seguir ampliando, o feito de que a edificación tradicional xa fose ampliada, aínda que sen esgotar o incremento do 50%. Así o expresa ao indicar que *“nada obsta para que, no caso das edificacións que non esgotasen con anterioridade a posibilidade ampliatoria ata o 50% do volume orixinario da edificación tradicional permitido pola norma, o poidan facer tamén, mesmo a posteriori, como resposta ás novas necesidades de espazo que xurdisen”*⁵⁵. Esta previsión concreta pasou recentemente a formar parte do texto do artigo 63 do RLSG.

Nesta interpretación estíbese a vincular a ampliación cunha *“nova necesidade de espazo”*, pero o actual texto legal, ao omitir a expresión *“por razóns xustificadas”*, está a eximir por completo do requisito de xustificar a razón da ampliación.

A DXOTU tamén entendeu no seu momento que *“non se computarán as construcións ou instalacións baixo rasante”* como incremento do volume da edificación tradicional orixinaria⁵⁶, aínda que pareza máis unha cuestión teórica que de aplicación práctica⁵⁷. Utilizou para iso un razoamento sobre a definición de *“volume”* establecida no anexo

⁵⁴ Expediente CP-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 16.04.2019.

⁵⁵ Expediente CC-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 07.03.2019.

⁵⁶ Expediente CP-19/..., sobre o cal a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informe o 16.04.2019.

⁵⁷ As edificacións tradicionais adoitan estar a nivel de rasante, polo que un incremento de volume por debaixo da propia edificación requiriría desmontar a edificación para logo volver montala no mesmo lugar, tras realizar unha memoria de cantaría que asegure volver colocar cada elemento na súa posición orixinaria. Certo é que a evolución da tecnoloxía pode chegar a permitir a ampliación de edificacións en profundidade sen desmontar a propia edificación, pero trátase de casos absolutamente excepcionais cuxa complexidade técnica, risco e custo económico fan que se desaconselle en situacións con alternativas técnicas máis razoables.

I do RLSG, que ademais concreta unha serie de supostos que non computan como aumento de volume, entre os que non se atopan as instalacións baixo rasante. O RLSG sufriu varias modificacións despois do pronunciamento sobre esta interpretación e ningunha delas incorporou o dito nela, polo que se xeran dúbidas relativas á súa toma en consideración, como se indica na Sentenza 28/2021, do 19 de febreiro, do Xulgado do Contencioso-Administrativo n.1 de Ourense⁵⁸.

En relación co “*volume orixinario*” da edificación, o criterio establecido na LSG para considerar unha edificación como tradicional é que estivese rematada antes da entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio, de reforma da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana; isto é, o 25 de maio de 1975. Por iso, ante unha edificación tradicional que tivese sido obxecto de obras de ampliación, tamén rematadas antes do 25 de maio de 1975, estas ampliacións tamén se deben considerar dentro do volume orixinario que cómpre ter en conta para os efectos de aplicación do artigo 40⁵⁹.

Tamén vimos previamente, ao tratar o concepto de edificación existente (que é o obxecto de cálculo do volume para determinar o máximo ampliable) que esta debe atoparse nun estado de conservación tal que permita apreciar as súas características esenciais. No caso contrario, non estaremos ante un suposto que poida ser subsumido nesta norma.

3.12 Anterioridade á entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio

Para os efectos do previsto no artigo 40 da LSG, a redacción orixinal considerou edificacións tradicionais todas as edificacións existentes con anterioridade á entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio, de reforma sobre o réxime do solo e ordenación urbana; isto é, con anterioridade ao 25 de maio de 1975.

A conselleira de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio, Beatriz Mato Otero, pronunciouse sobre este aspecto no debate de totalidade do Proxecto de lei do solo de Galicia⁶⁰, indicando que a referencia ao ano 1975 se establecía “*para clarificar a definición de edificación tradicional*”, achegando así seguridade xurídica.

A elección deste momento temporal non foi pacífica, xa que o Grupo Parlamentario Socialista presentou unha emenda de modificación coa que propuña que a mención á

A pesar desta interpretación de non computar o volume baixo rasante, trátase dunha actuación claramente de “*ampliación*” e a desmontaxe da edificación tradicional non entraría dentro do suposto de demolición parcial asociada á demolición dos elementos “*estrictamente necesarios*” para realizar as actuacións de “*conservación*”, “*rehabilitación*”, “*reforma*” e “*reconstrución*”, que son os únicos catro conceptos cuxas obras de demolición asociadas están excluídas da definición de “*obras de demolición*” establecida no anexo I do RLSG. Estaríamos polo tanto ante unha obra de “*demolición*” coa subseguinte “*reedificación*”.

⁵⁸ Na Sentenza 28/2021, do 19 de febreiro, do Xulgado do Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ourense (Procedemento Ordinario 64/2019), indícase, no seu fundamento de dereito segundo, que “*con carácter posterior*” á emisión do informe da Dirección Xeral que *consta incorporada ás actuacións, se modificou o RLSG (Decreto 92/2019, do 11 de xullo) e non se estableceu a exclusión do cómputo dese volume baixo rasante, polo que se entende que si debe computarse ese volume*”.

⁵⁹ Expedientes CC-17/... e CP-19/..., sobre os cales a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informes o 12.09.2017 e 16.04.2019 respectivamente.

⁶⁰ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.131, IX Lexislatura. Sesión plenaria do 24 de novembro de 2015, p. 13. (“*Outro dos instrumentos que a lei fomenta para darlle un impulso ao rural e a rehabilitación; é dicir, rehabilitar construcións axuda a frear a dispersión e contribúe a aproveitar o xa construído e, en definitiva, revitalizar o rural. E con este obxectivo a nova lei clarifica a definición de edificación tradicional, pasando así a considerarse como edificación tradicional aquela anterior ao ano 1975*”).

Lei 19/1975, do 2 de maio, se substituíse pola mención á Lei do 12 de maio de 1956⁶¹. Pola súa banda, o Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego propuxo directamente a supresión do último parágrafo⁶², que establece, para os efectos deste artigo, esta forma concreta de identificación da edificación tradicional. Fíxoo tras o debate de totalidade do Proxecto de lei do solo de Galicia en que se pronunciou no sentido seguinte: *“Consideramos que non ten ningún sentido que sexan consideradas como construcións tradicionais todas aquelas construídas antes do ano 1975, porque, se facemos un inventario de moitas das vivendas que se construíron antes do ano 1975, non teñen nada que ver coa nosa tipoloxía tradicional. A tipoloxía terá que ver coas características da construción, non co ano. Moitas destas vivendas descontextualizadas que hai polo noso rural foron precisamente construídas antes do ano 1975, e vostedes queren consagrar ese modelo”*⁶³.

Neste debate celebrado o 24 de novembro de 2015, xa o Grupo Parlamentario Socialista, a través do deputado SÁNCHEZ BUGALLO, reprochou a falta dunha maior concreción do precepto que impedise considerar tradicional *“casas de estilo tirolés”* construídas por emigrantes retornados de Suíza⁶⁴.

Non faltaron tampouco os intentos de aumentar aínda máis o número de edificacións consideradas tradicionais para os efectos deste precepto. Neste sentido, podemos citar a emenda á totalidade do Proxecto de Lei do solo de Galicia, presentada polo Grupo Parlamentario Mixto, que propuña que *“debería ampliarse as edificacións que poden considerarse de carácter tradicional, tendo en conta a coincidencia das construídas con posterioridade á entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio, de reforma da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana, pero que respecten a tipoloxía orixinaria do lugar”*⁶⁵. Non obstante, esta postura choca lixeiramente coa mantida polo propio Grupo Parlamentario Mixto no debate e votación do ditame, elaborado pola Comisión 2.^a, Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente e Servizos, do Proxecto de Lei do solo de Galicia. Nesta ocasión a deputada MARTÍNEZ GARCÍA reprochoulle ao Grupo Parlamentario Popular a imposición da súa definición unilateral do concepto de edificación tradicional, construída antes de 1975, para o que utiliza o argumento de que *“existen auténticas animaladas e aberracións construídas antes do ano 1975 que non teñen nada que ver co noso país e que, non obstante, o Partido Popular as vai considerar tradicionais”*⁶⁶. Este reproche ía na liña do reproche xa manifestado no debate de totalidade do Proxecto de lei do solo de Galicia, en que advertiu que faltaba, *“como xa dixemos todos os grupos da oposición, a definición da vivenda tradicional, que non pode estar ligada simplemente ao ano de construción”*⁶⁷.

⁶¹ Boletín Oficial do Parlamento de Galicia n. 563, IX Lexislatura, do 1 de decembro de 2015, p. 131280.

⁶² Boletín Oficial do Parlamento de Galicia n. 563, IX Lexislatura, do 1 de decembro de 2015, p. 131302.

⁶³ Diario de Sesións do Parlamento de Galicia n. 131, IX Lexislatura. Sesión plenaria do 24 de novembro de 2015, p. 19.

⁶⁴ Diario de Sesións do Parlamento de Galicia n. 131, IX Lexislatura. Sesión plenaria do 24 de novembro de 2015, p. 24.

⁶⁵ Boletín Oficial do Parlamento de Galicia n. 550, IX Lexislatura, do 11 de novembro de 2015, p. 128819.

⁶⁶ Diario de Sesións do Parlamento de Galicia n. 140, IX Lexislatura. Sesión plenaria do 9 de febreiro de 2016, p. 12.

⁶⁷ Diario de Sesións do Parlamento de Galicia n. 131, IX Lexislatura. Sesión plenaria do 24 de novembro de 2015, p. 30.

BERMÚDEZ FERNÁNDEZ considera que esta definición da edificación tradicional feita exclusivamente con referencia a unha data aleatoria se fai dunha forma inmotivada e sen a xustificación axeitada⁶⁸. Este déficit xa o apreciaba e puña de manifesto o deputado SÁNCHEZ BUGALLO no debate de totalidade do Proxecto de lei do solo de Galicia cando lle preguntaba á conselleira: “*Non é posible dicir algo máis sobre isto concretando algo máis, dalgunha forma?*”⁶⁹

A referencia final á Lei 19/1975, do 2 de maio, foi unha das novidades máis destacables e controvertidas na nova redacción do artigo, xa que ata o momento as edificacións subsumidas no artigo eran as consideradas tradicionais baseándose nos coñecementos técnicos dos profesionais expertos en edificación fundamentalmente residencial, isto é, principalmente arquitectos ou arquitectos técnicos. Pero esa controversia acentuouse aínda máis coa aprobación do RLSG, ao indicar no artigo 33.1, como un dos requisitos para determinar a tipoloxía tradicional das edificacións, que estas sexan identificables nas fotografías aéreas do “*voo americano*” do ano 1956.

A inclusión na lei da referencia ao ano 1975 para establecer o carácter tradicional das edificacións supuña en moitos casos, con toda seguridade, certa contradición co concepto xa consolidado de edificación tradicional. Por iso, o artigo 13.seis da Lei 7/2019, do 23 de decembro, introduciu o inciso final “*con independencia da súa tipoloxía*”, para aclarar a contradición existente, de raíz dentro do propio texto legal pero sobre todo posteriormente, entre a lei e o regulamento que a desenvolve.

Este cambio na forma de identificación das edificacións tradicionais leva consigo un cambio nos medios de acreditación. O artigo 63 do RLSG regula as edificacións existentes de carácter tradicional e no seu parágrafo último indica que por edificación se entende aquela que estivese rematada na data indicada, podendo acompañarse, para acreditar tal extremo, calquera medio de proba admisible en dereito.

O artigo 77.1 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común, indica que os feitos relevantes para a decisión dun procedemento poderán acreditarse por calquera medio de proba admisible en dereito, cuxa valoración se realizará de acordo cos criterios establecidos na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil. Nesta norma, no artigo 299, atopamos os medios de proba dos que se pode facer uso en xuízo, que son interrogatorio das partes, documentos públicos, documentos privados, ditame de peritos, recoñecemento xudicial e interrogatorio de testemuñas.

Estes son os medios de proba que a DXOTU estima como válidos segundo as respostas a varias consultas realizadas en relación coa interpretación do artigo 40 da LSG⁷⁰.

⁶⁸ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, cit., p. 6.

⁶⁹ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n. 131, IX Lexislatura. Sesión plenaria do 24 de novembro de 2015, p. 24.

⁷⁰ Expedientes CC-16/... e CP-19/..., sobre os cales a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informes o 09.01.2017 e 16.04.2019 respectivamente.

O pretendido anhelado de clarificar a definición de edificación tradicional non fixo máis que abrir novas incertezas, como a que formula BERMÚDEZ FERNÁNDEZ⁷¹ en relación cunha edificación de tipoloxía tradicional en núcleo rural tradicional, con licenza de obras anterior ao 25 de maio de 1975, pero sen alcanzar a total terminación antes desta data.

4 A interacción coas previsións establecidas nas normativas sectoriais

O artigo 8.un da recente Lei 4/2021, do 28 de xaneiro, de medidas fiscais e administrativas, modificou o artigo 40 da LSG coa adición dun novo parágrafo final. A súa redacción é a seguinte: “O previsto neste artigo entenderase sen prexuízo das previsións establecidas nas normativas sectoriais que resulten de aplicación”.

A redacción deste novo parágrafo ben podería facernos crer que se encadra na liña expansiva da última modificación que sufriu este artigo coa adición da frase “con independencia da súa tipoloxía” (introducida polo artigo 13.6 da Lei 7/2019, do 23 de decembro, de medidas fiscais e administrativas), que viña confirmar a liña marcada no ano 2016 coa referencia ao ano 1975 para a identificación das edificacións tradicionais, á marxe de calquera valor patrimonial. Iso é así porque a expresión “sen prexuízo das previsións establecidas nas normativas sectoriais” nos recorda enormemente á cláusula “sen prexuízo de terceiros” utilizada tradicionalmente nas licenzas de obra.

Como indica o profesor LÓPEZ MENUDO, esta cláusula “operou historicamente como unha garantía implícita –unha «conditio iuris»– a favor dos que teñen títulos outorgados ou dereitos recoñecidos, fronte á concesión de novos dereitos, autorizacións ou privilexios que veñen perturbar as situacións consolidadas con anterioridade. Paulatinamente, o sentido desa garantía foi transformándose ata o punto de terse convertido nunha escusa liberatoria que lle facilita á Administración evadirse de mediar no conflito «interprivatos» xerado, precisamente, polo outorgamento do novo título administrativo e mesmo nunha pretendida causa de exoneración de responsabilidade”.

Deste xeito, puidese parecer que algo similar sucede coa adición deste novo parágrafo final do artigo 40 da LSG, coa redacción do cal, lonxe de garantir a unidade de acción con outras normas referidas á protección do patrimonio arquitectónico tradicional, pretenderíase marcar distancia con elas para non ter que afrontar a falta de harmonía entre conceptos similares de normas distintas. Trataríase dunha interpretación pouco razoable nunha norma que mesmo provocou modificacións noutras normativas sectoriais, como é o caso da disposición derradeira primeira do Decreto 92/2019, do 11 de xullo, polo que se modifica o Decreto 143/2016, do 22 de setembro, polo que se aproba o Regulamento da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia. Esta disposición derradeira modificou o Decreto 66/2016, do 26 de maio, polo que se aproba o Regulamento xeral de estradas de Galicia, cuxo artigo 143

⁷¹ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, cit., p. 7.

permite, como regra xeral, as obras de mantemento, conservación e rehabilitación de edificacións existentes entre a calzada e a liña límite de edificación, pero só en casos excepcionais (en supostos de interese público ou social) as obras de rehabilitación estrutural. Pois ben, esta disposición derradeira primeira do Decreto 92/2019, do 11 de xullo, engade un parágrafo a este artigo en que se di que terán a consideración de supostos de interese social as obras de rehabilitación estrutural nas edificacións existentes de carácter tradicional definidas no artigo 40 da LSG.

Pola contra, coa inclusión desta cláusula, “*sen prexuízo das previsións establecidas nas normativas sectoriais que resulten de aplicación*”, o lexislador pretendeu acoutar os límites do seu ámbito de aplicación nunha “*mostra de respecto a outra normativa sectorial que poida ser de aplicación, tanto estatal como autonómica*”. Esta é a interpretación que se acordou no seo da Comisión Bilateral de Cooperación Administración Xeral do Estado-Comunidade Autónoma de Galicia, que se constituíu o 22 de xullo de 2020 co obxectivo de analizar as discrepancias competenciais tras a modificación do artigo 40 da LSG polo artigo 13.6 da Lei 7/2019, do 23 de decembro, de medidas fiscais e administrativas.

Esta última cláusula incorporada ao artigo 40 da LSG veu motivada por un posible conflito competencial coa Administración xeral do Estado, en concreto coa normativa estatal de costas. Non obstante, as explicacións dadas indican expresamente que a correcta interpretación dentro do respecto a outra normativa sectorial que poida ser de aplicación é aplicable tanto para a normativa estatal como á autonómica. Deste modo, poderíamos estar ante un punto de inflexión –aínda que forzado– nas modificacións de carácter expansivo que se incorporaran desde a entrada en vigor da actual LSG. Iso podería significar certo achegamento á liña de actuación marcada tempo atrás pola Xunta de Galicia no *Libro branco da cultura en Galicia*, do ano 1994, que pretendía que as distintas administracións se estruturasen nunha dinámica común de protección do patrimonio etnográfico⁷².

5 Fomento da recuperación do patrimonio construído

Nos distintos aspectos que estivemos a analizar neste artigo puidemos apreciar unha flexibilización dos requisitos relacionados coas obras a realizar nas edificacións tradicionais. Esta flexibilización é vista na actualidade como unha forma de fomentar a recuperación do patrimonio construído e o mantemento das edificacións existentes fronte á proliferación de novas edificacións.

Este punto de vista é o que se desprende de numerosas consultas⁷³ resoltas pola DXOTU. A modo de exemplo, traemos aquí un extracto dunha desas respostas, do 16 de abril de 2019, que indica que “*este réxime excepcional, que difire do réxime xeral que se prevé para as novas edificacións en solo rústico ou en solo de núcleo rural, constitúe un dos mecanismos que a nova normativa urbanística contempla entre as medidas para*

⁷² VV. AA., *A cultura en Galicia. 1994-1997*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, p. 79.

⁷³ Expedientes CC-18/..., CC-19/..., CC-19/..., CC-19/... e CP-19/... sobre os cales a directora xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo emitiu informes o 26.03.2018, 07.03.2019, 22.04.2019, 01.10.2019 e 16.04.2019 respectivamente.

fomentar a recuperación do patrimonio construído e do mantemento das edificacións existentes, fronte á proliferación das novas edificacións”.

A citada flexibilización de requisitos tivo lugar á vez que se ampliou o ámbito de aplicación do artigo 40 da LSG. Esta nova función que se lle asigna ao artigo 40 da LSG xa non é exactamente a mesma para a que foi creado coa aprobación da Lei 15/2004, que era a de “*conservar, recuperar e pór en valor o patrimonio natural e cultural do noso territorio*”.

Todo este proceso de cambio realizouse sen unha explicación na exposición de motivos da nova norma, cousa que tería sido moi desexable para comprender e interpretar con máis fundamento a actual regulación. O caso mereceo, xa que se trata dun artigo de moita relevancia para o medio rural, que ten moitas posibilidades de futuro se se acerta nas medidas que cómpre tomar.

6 A prohibición de demolición de edificacións de valor histórico ou etnográfico

Trátase dunha previsión moi relacionada co artigo 40 da LSG, aínda que se atopa fóra del. Non obstante, esa íntima vinculación fai que pague a pena analizar as modificacións que tamén sufriu.

No texto orixinal da LOUGA a mención de maior relevancia, relativa ás edificacións tradicionais, era a prohibición de demolición de edificacións de valor histórico ou etnográfico, que atopamos nos artigos 26 e 42 referidos ao solo de núcleo rural e ao solo rústico.

Coa aprobación da LSG a previsión mantívose para o núcleo rural, no artigo 26.1.g), e mesmo se incorporou a prohibición de demolición de muros tradicionais, no artigo 26.1.e), pero desapareceu a referencia establecida para o caso do solo rústico. Esta apreciación xa a realizou a deputada PONTÓN MONDELO, polo Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego, no debate de totalidade do Proxecto de lei do solo de Galicia. A súa reflexión concreta foi a seguinte: “*Desprótxese unha parte moi importante do noso patrimonio arquitectónico tradicional. Nós cremos que a previsión que había na lexislación, que non permitía derrubar moito do noso patrimonio tradicional, permitiu conservar xoias do noso patrimonio, e vostedes eliminan esta previsión*”⁷⁴.

Chama así a atención que, á vez que se fai extensiva a regulación do artigo 40 para o núcleo rural (inicialmente só o era para o solo rústico), se elimine a prohibición de demolición de edificacións de valor histórico ou etnográfico no solo rústico⁷⁵.

⁷⁴ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n. 131, IX Lexislatura. Sesión plenaria do 24 de novembro de 2015, p. 19.

⁷⁵ Debemos recordar aquí que a demolición non é unha das actuacións permitidas polo artigo 40 da LSG. O que se permite é “*a demolición dos elementos estritamente necesarios para realizar as actuacións de conservación, rehabilitación, reforma e reconstrución, sempre que se realicen simultaneamente no mesmo proxecto de obra*”, xa que nestes casos a actuación non ten a consideración de demolición parcial segundo a definición de “*obras de demolición*” do anexo 1 do RLSG.

7 Conclusión

O artigo 40 da LSG conta con numerosos conceptos indeterminados ou de difícil determinación. Tras a análise de moitos deles, destacamos a importancia de que a edificación conte cun estado de conservación tal que permita apreciar as súas características esenciais, é dicir, as propias da tipoloxía edificatoria que singularizan o edificio e definen a súa esencia. Trátase dun requisito que funciona como unha garantía de que as edificacións se conserven –no posible– para poder beneficiarse deste réxime excepcional. Pero tamén é un requisito de cara ás futuras actuacións sobre a edificación, xa que calquera intervención que supoña a retirada de partes esenciais desta debe contar necesariamente cunha xustificación. O máximo expoñente deste requisito é a prohibición de substitución da edificación antiga por unha nova, aínda que sexa do mesmo volume. Por iso, lamentamos que esta prohibición non figure expresamente no texto da lei, xa que sen dúbida axudaría a evitar a destrución do patrimonio arquitectónico tradicional.

Unha cuestión relevante de entre as analizadas é a posibilidade de ampliación da edificación, que pode ser tanto no mesmo corpo como en volume independente. Entendemos que a ampliación en volume independente é claramente a máis respectuosa coa edificación tradicional, debido á porcentaxe de volume que se pode incrementar (ata o 50 %), a drástica alteración que iso pode supor para a morfoloxía orixinaria e a ausencia de necesidade de xustificación de ningún tipo para a súa execución. Consideramos, neste sentido, que o incremento en altura debe estar relacionado coa necesidade de aumentar a altura libre entre solo e teito, pero non coa adición de novas plantas altas.

Moitos dos conceptos da actual redacción son novidosos en relación co texto orixinario. É o caso da extensión dos seus efectos ás edificacións en solo de núcleo rural, o traspaso de competencias da Administración autonómica á Administración local ou a incorporación de novos usos permitidos, como son os usos terciarios, produtivos ou pequenos talleres, para equiparalos cos usos que xa estaban sendo permitidos no solo de núcleo rural. Esta equiparación é a que nos permite soste a afirmación de que están permitidos certos usos industriais, en concreto os industriais compatibles con residencial. Trátase dunha combinación de usos nada allea á nosa historia, como pode ser a íntima vinculación que existía antano entre vivendas, muíños, fraguas ou carpintarías de ribeira, por exemplo. Por outro lado, trátase dunha combinación de usos que nos vai seguir acompañando no futuro no medio rural, en consonancia cos pretendidos modelos ideais de “*ciudades de proximidade*” ou “*ciudades dos 15 minutos*”.

Algún novo concepto pasou case desapercibido, como a incorporación da “*reforma*” entre as actuacións permitidas. Pola contra, a referencia a data de entrada en vigor da Lei 19/1975, do 2 de maio, de reforma da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana, xerou unha gran confusión a pesar de que se xustificou nunha pretendida seguridade xurídica. Non obstante, a confusión está relacionada coa ruptura que supón coa tradición –nunca mellor dito– e cos criterios empregados nos numerosos traballos realizados por expertos na materia para identificar as

edificaci3ns tradicionais da nosa terra. Esta referencia ao ano 1975 en realidade foi unha soluci3n intermedia de entre as xurridas nos debates parlamentarios, cuxas propostas se moveron entre a volta 3 referencia ao ano 1956 ou a ampli3n a3nda m3is para amparar edificaci3ns posteriores ao ano 1975 pero que “*respecten a tipolox3a orixinaria do lugar*”.

De ser necesario o establecemento dunha data concreta para identificar as edifi- caci3ns tradicionais, son m3ltiples as raz3ns que fan m3is aconsellable a referencia ao ano 1956 que a do ano 1975.

Unha cuesti3n de especial relevancia, a pesar de que non pertence ao concre- to artigo 40 da LSG, 3 a desaparici3n no texto da lei da prohibici3n de demolici3n das edificaci3ns tradicionais en solo r3stico. Mantense para o n3cleo rural pero a previsi3n para o solo r3stico pasa a estar contemplada no RLSG, o que sup3n unha diferenciaci3n inxustificada.

A conclusi3n final da an3lise destes conceptos –tanto dos orixinarios como dos numerosos que incorporan cambios en relaci3n coa regulaci3n orixinaria– 3 que se procedeu a flexibilizar as medidas de protecci3n e recuperaci3n do patrimonio ar- quitect3nico tradicional para dar lugar a unha regulaci3n centrada na recuperaci3n do patrimonio construido. Telo feito sen unha explicaci3n, cunha redacci3n bastante parecida 3 precedente e utilizando o mesmo ordinal, 3 unha suma de factores ideal para provocar unha multiplicidade de interpretaci3ns, o que xoga en contra dunha real e efectiva protecci3n do patrimonio arquitect3nico tradicional.

Non son poucas as interpretaci3ns desta norma nas cales ten cabida a destruci3n total da edificaci3n tradicional existente para construir no seu lugar unha edificaci3n completamente nova. LLANO xa se pronunciou sobre este fen3meno no ano 1982, no n3mero 11 do *Bolet3n* da Comisi3n de Cultura do Colexio de Arquitectos de Galicia, dicindo que “*falar de destruci3n do patrimonio art3stico, da lingua ou das tradici3ns e costumes populares non 3 novidade en Galicia. Todos aqueles elementos sobre os que se asenta a nosa identidade nacional ve3nen sendo sistematicamente agredidos, sen que ningu3n faga nada por evitalo*”.

Bibliograf3a

- ALMARCHA N3ÑEZ-HERRADOR, E., “El descubrimiento y la puesta en valor de la arquitectura popular: de Fernando Garc3a Mercadal a Luis Feduchi”, Biel Ib3ñez, M.P. e Hern3ndez Mart3nez, A. (coords.), *Lecciones de los maestros. Aproximaci3n hist3rico-cr3tica a los grandes historiadores de la arquitectura espa- ñola (Seminario Celebrado en Zaragoza los d3as 26, 27 y 28 de noviembre de 2009)*, Instituto “Fernando El Cat3lico”, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2011.
- ASENSIO RODR3GUEZ, A., DOM3NGUEZ VIÑAS, R. e RUIZ TRUEBA E., *Miradas a la arquitectura Popular Espa ñola. Colecci3n fotogr3fica de Carlos Flores*, Fundaci3n Siglo para el Turismo y las Artes de Castilla y Le3n, Valladolid, 2017.

REGAP



ESTUDIOS

- BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, *REDAS: Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 2, 2018.
- CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, Cadernos Museo do Pobo Galego, Santiago de Compostela, 1999.
- CAAMAÑO SUÁREZ, M., *As construcións da arquitectura popular*, Consello Galego de Colexios de Aparelladores e Arquitectos Técnicos, A Coruña, 2003.
- CARRIÓN GÚTIEZ, A. (coord.), *Plan Nacional de Arquitectura Tradicional*, Ministerio de Educación, Cultura e Deporte, Madrid, 2015.
- CERQUEIRA, F., “Estudios da arquitectura lusa. Das Arquitecturas Populares Tradicionais”, *Observa Magazine*, n. 13, xaneiro 2020.
- CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA, “Doutrina do ano 2018 da Sección de Estudos e Informes, Informe CCG 136/2018”, *Consello Consultivo de Galicia. Memoria 2018*, Consello Consultivo de Galicia, Santiago de Compostela, 2019.
- GONZÁLEZ-CEBRIÁN TELLO, J. e FERREIRA VILLAR, M., *Guía de boas prácticas para a intervención nos núcleos rurais*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2013.
- LLANO CABADO, P. de, “Pedre catro ano despois”, *Boletín da Comisión de Cultura do Colexio de Arquitectos de Galicia*, n. 11, 1982.
- LLANO CABADO, P. de, *Arquitectura popular en Galicia*, Publicacións do Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia, Santiago de Compostela, 2019 (ed. rev.).
- LORENZO FERNÁNDEZ, X., *Etnografía. Cultura material*, Ediciones Boreal, A Coruña, 2013.
- MUÑOZ COSME, A., “La Arquitectura Tradicional. Paisaje cultural, historia social y patrimonio inmaterial”, Muñoz Cosme, A. (dir.), *Libro colectivo: Patrimonio Cultural de España. N. 8. Arquitectura Tradicional. Homenaje a Félix Benito*, Ministerio de Educación, Cultura e Deporte, Madrid, 2014.
- PRIMO LLÁCER, A.M., *La servidumbre de luces y vistas*, tese de doutoramento (G. Guizzi / titor, M.E. Clemente Meoro / titor e director, e J. Estruch Estruch / director), Universidade de Valencia e Università Degli Studi di Napoli Federico II, Valencia, 2015.
- TORRES BALBÁS, L., *La vivienda popular en España*, 1930. Acceso web: <http://oa.upm.es/34265/>.
- VV.AA., *A cultura en Galicia. 1994-1997*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 139-159
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4759>
© Sabela Pardo Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 13/05/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os condominios no Dereito comparado e no Dereito urbanístico galego

Los condominios en el Derecho comparado y en el Derecho urbanístico gallego

Condominiums in comparative law and in Galician urban law

61 Regap

Regap



ESTUDIOS

SABELA PARDO RODRÍGUEZ

Funcionaria do Corpo Superior da Administración Xeral
Xunta de Galicia

sabela.pardo.rodriguez@xunta.gal

Resumo: As urbanizacións pechadas naceron nos Estados Unidos e en poucos anos comezaron a proliferar por toda América Latina. En España o momento álxido dos condominios foron os anos 60 do século XX, ao abeiro da Lei do solo de 1956. En Galicia, aínda que existen varios exemplos de condominios, o máis paradigmático é o da illa de Toralla en Vigo, autorizado nesa época. Na actualidade é posible atopar na nosa comunidade autónoma normas urbanísticas de ámbito local e carácter regulamentario que permiten expresamente a construción de condominios.

Palabras clave: Condominios, urbanizacións privadas, urbanizacións pechadas, complexos inmobiliarios privados, vías públicas, vías privadas, equipamentos comúns.

Resumen: Las urbanizaciones cerradas nacieron en los Estados Unidos y en pocos años comenzaron a proliferar por toda América Latina. En España el momento álgido de los condominios fueron los años 60 del siglo XX, al amparo de la Ley del suelo de 1956. En Galicia, aunque existen varios ejemplos de condominios, el más paradigmático es el de la isla de Toralla, autorizado en esa época. En la actualidad

es posible encontrar en nuestra comunidad autónoma normas urbanísticas de ámbito local y carácter reglamentario que permiten expresamente la construcción de condominios.

Palabras clave: Condominios, urbanizaciones privadas, urbanizaciones cerradas, complejos inmobiliarios privados, viales públicos, viales privados, equipamientos comunes.

Abstract: Gated communities were born in the United States of America and in a few years began to proliferate throughout Latin America. In Spain their peak was the 60s of the 20th century, under the Land Use Act of 1956. In Galicia, although there are several examples of gated communities, the most paradigmatic is the island of Toralla in Vigo, authorized at that time. Nowadays it is possible to find in our Autonomous Community urban planning regulations of a local and regulatory nature that expressly allow the construction of gated communities.

Key words: Private communities, gated communities, walled communities, public roads, private roads, shared amenities.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Os condominios no Dereito comparado. 2.1 As *gated communities* estadounidenses. 2.2 Os condominios horizontais pechados e os *loteamentos fechados* no Brasil. 2.3 Os condominios en Chile. 2.4 Os *countries* na Arxentina. 2.5 Principais reflexións extraídas da análise da figura dos condominios no Dereito comparado. 3 Perspectiva histórica dos condominios no ordenamento xurídico de España con especial mención ao caso galego. 3.1 Os anos cincuenta do século XX. 3.2 Os anos sesenta do século XX. 3.3 Os anos setenta do século XX. 3.4 Os anos oitenta do século XX. 3.5 Os anos noventa do século XX. 3.6 As dúas primeiras décadas do século XXI. 4 Os condominios no ordenamento xurídico galego. 5 Conclusións.

1 Introducción

O termo condominio atopa as súas raíces no Dereito privado, definindo a situación na que varios propietarios comparten un ben común indivisible de forma física ou tanxible que, non obstante, se divide de forma legal coas denominadas cotas que corresponden a cada propietario¹. O concepto pasou ao Dereito público, en concreto ao Dereito administrativo na súa especialidade de urbanismo, para designar as urbanizacións privadas.

A forma paradigmática dos condominios vén constituída polas *gated communities* estadounidenses², fórmula que se estendeu a boa parte de América Latina e que en menor medida chegou tamén a España, aínda que neste último caso mediante interpretacións da lexislación aplicable non exentas de polémica. No caso galego existen normas urbanísticas administrativas de rango reglamentario e ámbito local que recoñecen expresamente a figura do condominio, coas matizacións que se explicarán ao longo deste artigo tras unha análise previa á regulación dos condominios no Dereito comparado. Asemade, ademais de centrar a atención no Dereito administrativo, farase unha breve mención á súa regulación no dereito civil, xa que ambos os aspectos se atopan estreitamente interrelacionados, considerando que a legalización

¹ A palabra "condominio" procede dos termos latinos *cum* (conxuntamente) e *dominium* (dominio).

² Aínda que *gated community* é a denominación máis frecuente na literatura xurídica das urbanizacións pechadas estadounidenses, tamén se emprega o termo *condominium*. Porén, este último é máis habitual para denominar os edificios en altura en réxime de propiedade horizontal con equipamentos en común (como ximnasio ou piscina).

e regulación dos condominios desde o dereito civil condicionou en boa parte que o lexislador tamén os tivese en conta desde a perspectiva do Dereito administrativo.

2 Os condominios no Dereito comparado

2.1 As *gated communities* estadounidenses

As urbanizacións pechadas xurdiron nos Estados Unidos de América nos anos cincuenta do século XX³ como resposta primeiro da cidadanía máis adiñeirada e despois das clases medias ao crecemento das taxas de delincuencia, aínda que nalgúns puntos do país a súa aparición se debeu unicamente ao desexo expreso de illarse de grupos étnicos distintos (non caucásicos), sen que a convivencia mixta causase grandes problemas de delincuencia. No caso das clases sociais máis altas, os condominios contaban ademais con atractivos exclusivos, como campos de golf ou outros equipamentos de luxo, incluíndo por tanto a motivación para os seus residentes de facer constar o seu elevado status social.

As notas características e comúns son: perímetro valado (con peche de distintas formas, desde vexetal ata metálico), vixilancia (cunha persoa encargada destas funcións ou mediante cámaras ou outras medidas de seguridade) e acceso controlado. Malia ser posible atopar *gated communities* nas áreas metropolitanas de todo o país, o maior número delas concéntrase no denominado *Sun Belt* (Florida, California, Texas e outros territorios limítrofes).

Xuridicamente susténtanse nun pacto privado entre propietarios do solo (*private covenant*, que se materializa nuns estatutos da comunidade denominados *covenants, conditions and restrictions*) con carácter real (*running with the land*). Estes propietarios sustentan unha cota (*assessment*) sobre os elementos comúns e intégranse nunha asociación denominada *homeowner's association*⁴. Como se pode apreciar, desde a perspectiva do dereito civil⁵ estamos ante un réxime moi similar ao regulado no noso ordenamento xurídico pola Lei 4/1960, do 21 de xullo, sobre propiedade horizontal.

No que se refire á perspectiva do Dereito Administrativo, nun sistema xurídico, político e social como o estadounidense, no que a autonomía da vontade fronte ao

³ Non obstante, algúns autores sinalan que a verdadeira orixe dos condominios pechados nos EE. UU. se atopa no suburbio de Llewellyn Park, fundado no ano 1853 en New Jersey. Esta corrente doutrinal considera, en xeral, que os primeiros condominios pechados son as urbanizacións que se construíron no século XIX en distintos países como experimentos dos urbanistas da época (os *common interest housing developments* en Gran Bretaña ou as cidades xardín no mesmo país e nos EE. UU. baseándose no modelo ideado por Ebenezer Howard). Porén, en opinión da corrente doutrinal á que se subscribe este artigo, os condominios pechados como tales xorden na segunda metade do século XX obedecendo a motivacións distintas. En concreto, desde a perspectiva dos compradores, a un desexo de seguridade, de amosar certo status social e de vivir separados de grupos étnicos distintos (fundamentalmente, de latinos e afroamericanos), nalgúns casos vinculados ademais ao disfrute de equipamentos exclusivos como campos de golf ou instalacións de equitación. Desde a perspectiva dos vendedores –promotoras inmobiliarias–, a motivación principal sería o descubrimento dun novo e rendible nicho de negocio.

⁴ CALLIES, D.L., FRANZESE, P.A. e GUTH, H.K., "Urbanizaciones 'encerradas', pactos y problemas", *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002, pp. 473-490.

⁵ Cómpre sinalar que as materias Dereito Civil e Dereito Administrativo dos réximes xurídicos derivados do *Common Law* non se corresponden con exactitude en moitos aspectos coas dos réximes do denominado Dereito Continental, pero para os efectos que nos ocupan non precisamos afondar en tales distincións.

público xoga un papel máis importante que en Europa, a creación de urbanizacións pechadas non supón un grave conflito nin legal nin social cando estas xorden a partir dun gran predio privado que non conta previamente no seu interior con vías nin equipamentos públicos⁶.

2.2 Os condomínios horizontais pechados e os *loteamentos fechados* no Brasil

Os condomínios horizontais pechados xorden no Brasil coa construción do Alphaville na cidade de São Paulo⁷ nos anos setenta do século XX como resposta das clases medias e altas brasileiras á crecente inseguridade das súas cidades, acentuando as desigualdades sociais que arrastra o país co marcado contraste que se crea entre favelas e condomínios⁸. Nas décadas seguintes, os condomínios comezarán a proliferar por todo o Brasil.

Cómpre aclarar que as urbanizacións pechadas brasileiras adoptan dúas tipoloxías xurídicas diferenciadas: os condomínios horizontais por unha banda e os denominados *loteamentos fechados* (ou *murados*) por outra.

Os *loteamentos fechados* carecen de sustento legal no ordenamento xurídico brasileiro, sendo cualificados incluso de inconstitucionais. Xuridicamente os *loteamentos* (non pechados) no Brasil atopan o seu fundamento na Lei número 6.766, do 19 de decembro de 1979, sobre o parcelamento do solo urbano⁹, que establece a obriga de destinar a sistema viario zonas de uso común e outros equipamentos urbanos parte da área a desenvolver. Trátase dunha figura semellante aos nosos proxectos de equidistribución. No caso brasileiro, desde a aprobación da Lei de 1979 as vías e equipamentos públicos pasan a integrar o patrimonio público do municipio automaticamente desde a inscrición rexistral do *loteamento* (como no ordenamento xurídico galego), fronte ao sistema anterior no que o *loteador* tiña que realizar unha doazón desas vías e equipamentos públicos¹⁰. Asemade, nunha modificación do artigo 22 da Lei de 1979 que tivo lugar no ano 2011 incluíuse o seguinte parágrafo:

⁶ Outra cuestión distinta son os casos en que a propiedade orixinal sobre a que se promove a *gated community* está atravesada, por exemplo, por unha vía pública preexistente que tras a construción da urbanización fica inutilizada para a cidadanía allea a aquela. Este tipo de casos son obxecto de frecuente xurisprudencia, que non analizamos aquí porque obedecen a unha casuística moi variada e excede o propósito do presente artigo, que é centrarse no réxime xurídico dos condomínios no noso ordenamento xurídico.

⁷ CASTRO SILVA, G., GOMES REIS LOPES, W. e LIRA MONTEIRO, M.S., "Presença de condomínios horizontais e loteamentos fechados nas cidades contemporâneas: expansão e transformações do espaço urbano", *Geosul*, n. 30(59), 2015, pp. 167-187.

⁸ Considerando ademais que no caso brasileiro os grupos sociais separados están moito máis próximos fisicamente que noutros países.

⁹ A Lei 6.766/79 é coñecida popularmente no Brasil como Lei Lehmann, en homenaxe ao seu propoñente, o avogado e senador Otto Cirilo Lehmann, quen loitou por atallar coa maior brevidade posible o conflito urbano (de segregación social da cidade, fundamentalmente) que estaba a xurdir coas urbanizacións pechadas. Acceso web: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-21/ambiente-juridico-40-anos-lei-parcelamento-solo> (9 de maio de 2021).

¹⁰ DAL MORO, T.F. e GOMES, D., "A (i)legalidade dos condomínios fechados frente às normas de direito urbanístico", *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, n. 7(26), 2013. Acceso web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4816088> (9 de maio de 2021).

“Na hipótese de parcelamento de solo implantado e non rexistrado, o concello poderá requirir, por medio da presentación do plano de parcelamento elaborado polo loteador ou aprobado polo concello e de declaración de que o parcelamento se atopa implantado, o rexistro de áreas destinadas a uso público, que pasarán desa forma a integrar o seu dominio”.

Xa que logo, non é posible legalmente restrinxir o uso das vías interiores e demais zonas de obrigada cesión ao concello á cidadanía allea ao *loteamento*. Por iso algúns autores cualifican os *loteamentos fechados* como inconstitucionais, ao contravir – a maiores da Lei 6.766/79– o artigo 5.XXIII da Constitución da República Federativa do Brasil do 1988, que consagra (igual que o artigo 33 da nosa Constitución do 1978) a función social da propiedade, así como aqueles preceptos que establecen o dereito de libre desprazamento e o dereito de reunión.

Os condominios, pola súa banda, caracterízanse por que as rúas, prazas, xardíns e espazos libres son propiedade do condominio, que xestiona o seu uso, e as parcelas edificadas teñen acceso directo a estas vías privadas, que, pola súa vez, conectan coas vías públicas exteriores os condominios. O seu sustento legal ata o ano 2017 atopábase na Lei 4.591, do 16 de decembro de 1964, sobre o condominio en edificacións e as incorporacións inmobiliarias, en concreto no seu artigo 8, que permitía construír máis dunha edificación en terreos non edificados, sen ningún deber legal de cesión de vías e espazos libres ao concello como nos *loteamentos*¹¹. Non obstante, non se trataba dunha regulación rigorosa, entre outros motivos polo seu carácter previo ao xurdimento dos condominios pechados no Brasil. No ano 2002 o novo Código civil brasileiro regulou nos artigos 1.331 e seguintes o denominado *condominio edilício* (sendo modificado nos anos 2004 e 2012). Unha das críticas –que non a única nin a máis importante– a esta dobre regulación baseábase no feito de tratarse de normas de dereito civil e non de Dereito administrativo (pola contra, a mencionada Lei 6.766/79 si é unha norma administrativa). En calquera caso, o 11 de xullo de 2017 aprobouse a Lei número 13.465¹² (que ademais introduciu un novo precepto no Código civil do 2002, o número 1.358–A), creando un novo concepto, o *condominio de lotes*. A partir deste momento os condominios horizontais pechados contan cunha lexislación máis sólida, aplicándose de forma subsidiaria a Lei 6.766/79 (agás en preceptos incompatibles, como a cesión ao concello das vías e espazos libres, que nesta nova tipoloxía son sempre privados, propiedade dos condominios)¹³. Consolídase deste xeito no

¹¹ Aínda que neste artigo estamos a facer referencia aos *loteamentos* tradicionais e aos condominios horizontais pechados, existe unha terceira modalidade mixta en que as autoridades municipais autorizan os propietarios do condominio a proceder á identificación de toda persoa que pretenda entrar, pero sen denegarlle a entrada por seren as vías públicas.

¹² Estamos ante unha norma heteroxénea que “*dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União*” e modifica un considerable número de textos legais.

¹³ Asemade, a nova Lei 13.465/2017 legaliza as situacións en que unha familia constrúe nun único soar varias edificacións illadas para cada un dos fillos ou fillas, permitindo que cada unha das vivendas constitúa un predio rexistral independente. Trátase, xa que logo, da legalización do que en España se denomina “propiedade horizontal tombada” e que neste tipo de supostos (encubrimiento dunha parcelación sen contar coa preceptiva licenza) non está permitida polo noso ordenamento xurídico.

Brasil a segregación da cidade e a acentuación das desigualdades socioeconómicas entre a súa cidadanía.

2.3 Os condominios en Chile

Os condominios pechados xorden en Chile na segunda metade dos anos setenta do século XX destinados ás clases medias, aínda que co transcorrer do tempo fóronse creando condominios para distintas clases sociais, máis e menos acomodadas¹⁴.

Os primeiros condominios pechados atoparon cabida legal –ben que tampouco de xeito exhaustivo– na Lei número 16.742 de 1968¹⁵. Na actualidade están regulados pola Lei número 19.537, do 5 de decembro de 1997, sobre copropiedade inmobiliaria. Este texto legal –que sufriu diversas modificacións, a última en 2015– distingue entre dos tipos de condominios:

“Tipo A, as construcións, divididas en unidades, localizadas nun terreo de dominio común, e

Tipo B, os predios, con construcións ou con proxectos de construción aprobados, no interior de cuxos deslindes existan simultaneamente sitios que pertencen en dominio exclusivo a cada copropietario e terreos de dominio común de todos eles”.

Os condominios tipo A son os denominados condominios verticais (é dicir, edificios en réxime de propiedade horizontal), mentres que o tipo B son os horizontais, obxecto do presente artigo.

Os condominios pechados chilenos contan coas mesmas notas características que os xa analizados neste artigo: perímetro pechado, acceso controlado e vixilancia permanente ou semipermanente (ben presencial, ben a través de cámaras e outros sistemas de seguridade). Asemade coexisten, como no Brasil, os condominios nos cales non se permite acceder a ninguén alleo á urbanización con aqueles en que os concellos unicamente lles permiten aos titulares do condominio (polo xeral, mediante a persoa encargada das funcións de garda e seguridade) identificar as persoas que desexan acceder a eles, sen que se lles impida a entrada agás por motivos xustificados. En canto ao seu réxime interno, cada condominio elabora o seu regulamento interno, de acordo co estipulado na Lei 19.537/1997.

En decembro de 2017 o Senado chileno comezou a tramitar unha nova regulación da copropiedade inmobiliaria, aprobando en xaneiro de 2020 o proxecto de lei. Este texto superou en abril do mesmo ano o correspondente trámite na Comisión de Vivenda da Cámara de Deputadas e Deputados de Chile¹⁶, malia que un ano despois continuaría aínda en tramitación.

¹⁴ HIDALGO DATTWYLE, R., SALAZAR BARROWS, A. e ÁLVAREZ CORREA L., “Los condominios y urbanizaciones cerradas como nuevo modelo de construcción del espacio residencial en Santiago de Chile (1992–2000)”, *Scripta Nova (Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales)*, n. 7, 2003. Acceso web: [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(123\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(123).htm) (9 de maio de 2021).

¹⁵ ORREGO ACUÑA, J.A., *Ley n. 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria*. Acceso web: <https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/> (9 de maio de 2021).

¹⁶ Acceso web: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12056&prmBOLETIN=11540-14> (9 de maio de 2021).

Resulta curioso observar que a figura do condominio pechado en Chile non resulta tan polémica como noutros países do mesmo continente, quizais por contar cunha regulación civil máis específica e detallada que o resto. Porén, a controversia desde o punto do Dereito administrativo segue a estar presente, por moito que non cause preocupación ao estar regulado exhaustivamente por normas de dereito civil.

2.4 Os *countries* na Arxentina

A figura xurídica dos condominios obxecto de estudo deste artigo non recibe, emporiso, esta denominación na Arxentina, onde o cualificativo habitual é o de *barrios cerrados* ou *countries* (ou en singular, *country club*)¹⁷. Non obstante, presentan algunhas diferenzas entre eles. Os *countries* son a modalidade máis exclusiva, sendo os seus datos distintivos a exaltación da vida ao aire libre e os equipamentos deportivos e sociais –como canchas de deporte (tenis, pádel, fútbol...), piscina, campo de golf, equitación e centro social, entre outros–. Pola contra, os *barrios cerrados* normalmente non contan con este tipo de equipamento común, constituíndo a forma máis habitual de urbanizacións pechadas ou privadas na Arxentina¹⁸.

A construción das urbanizacións pechadas no país comeza nos anos oitenta do século XX (aínda que é posible atopar algún caso illado a finais dos setenta), xurdindo en zonas clasificadas como “non urbanizadas”¹⁹, primeiro no territorio de Bos Aires e despois no resto da Arxentina. Porén, o seu xurdimento non se debe tanto a fuxir da inseguridade cidadá como a acceder a equipamentos exclusivos e a relacionarse con outras persoas de clase media-alta, illándose doutras clases sociais. Moitos deles constrúense mediante a asociación do público e do privado, distribuíndose polas cidades e súa periferia sen unha planificación urbana previa.

Desde o punto de vista xurídico, a súa proliferación coincide, segundo LIBERTUN DE DUREN²⁰, co comezo das políticas de descentralización da regulación da planificación urbana, que concede maior autonomía ás localidades municipais neste tema. Isto non significa que os condominios xurdan sempre froito dunha planificación urbanística rigorosa (posto que en boa parte dos casos é todo o contrario), senón simplemente que van contar con normas de carácter local que amporen a súa legalidade. Xa que logo, a proliferación das urbanizacións privadas prodúcese nos anos noventa do século XX coa descentralización normativa en materia de urbanismo, malia existiren xa algunhas desde finais dos anos setenta e varias máis nos anos oitenta.

Non obstante, malia o crecemento exponencial das urbanizacións pechadas na Arxentina ao abeiro da normativa local, tamén segue a existir por outra banda

¹⁷ Así mesmo, a dicotomía *condominios-favelas* que se produce no Brasil, na Arxentina ten a denominación de *countries-villas miseria*.

¹⁸ MALIZIA, M. e PAOLASSO, P., “Countries y barrios privados en Yerba Buena, Gran San Miguel de Tucumán, Argentina: nuevas formas de expansión urbana”, *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 24, n. 3(72), 2009, pp. 583-613.

¹⁹ HIDALGO DATTWYLE, R., SALAZAR BARROWS, A. e ÁLVAREZ CORREA L., “Los condominios y urbanizaciones cerradas como nuevo modelo de construcción del espacio residencial en Santiago de Chile (1992-2000)”, cit.

²⁰ LIBERTUN DE DUREN, N., “Barrios cerrados como estrategia de desarrollo municipal”, *Apuntes de investigación / Tema central: Conourbano*, n. 16/17, 2009-2010, pp. 41-54.

normativa de carácter superior (provincial) que procura que dalgún xeito cumpran unha función social. Neste sentido, na provincia de Bos Aires o 29 de novembro de 2012 sancionouse (con publicación en outubro de 2013) a Lei 14.449 de acceso xusto ao hábitat, establecendo o sometemento dos novos grandes desenvolvementos inmobiliarios (ademais doutros supostos xurídicos), entre os que se atopan todo tipo de urbanizacións pechadas, á denominada “contribución obrigatoria sobre a valorización inmobiliaria”, que obriga os concellos a contar cunha ordenanza que estableza unha contribución obrigatoria non inferior ao dez por cento da valoración inmobiliaria do desenvolvemento urbanístico. Esta contribución poderá ser aboada mediante diñeiro efectivo ou mediante cesións de bens inmoebles.

Esta normativa, como é doado de apreciar, está inspirada –con inmensas diferenzas– no ordenamento xurídico español, en concreto na cesión do dez por cento do aproveitamento urbanístico dun ámbito urbanístico e na posibilidade da súa monetarización (ben que cómpre lembrar, respecto a esta última, que na normativa galega o seu uso se foi restrinxindo coas sucesivas reformas da Lei 9/2002, de 30 de decembro, ata se converter en anecdótica na vixente Lei 2/2016, de 10 de febreiro, do solo de Galicia). Asemade, a norma prevé un réxime inspirado –tamén con abismais diferenzas– no noso Rexistro de Soares, para aqueles soares que non se edifiquen en determinado prazo.

Xa que logo, podemos concluír que no caso arxentino a proliferación das urbanizacións pechadas se debe fundamentalmente a un desexo de vivir en tranquilidade, fóra do balbordo dos centros urbanos e a adquisición dun certo status social, máis que a evitar a delincuencia. Desde o punto de vista xurídico, a análise das urbanizacións pechadas na Arxentina lévanos ademais a dúas conclusións: o non emprego do termo *condominio* como nos países da contorna e a regulación fundamental polo Dereito administrativo de ámbito local (fronte á regulación maioritariamente do Dereito civil doutros países latinoamericanos, en que estas normas civís chocan nalgúns casos con normas do seu dereito administrativo, pero sempre cun ámbito espacial máis amplo, estatal ou federal), se ben existen normas de ámbito superior (provincial) que procuran que a propiedade cumpra dalgún xeito unha función social, aínda que non cheguen a limitar o feito de que as urbanizacións fiquen pechadas.

2.5 Principais reflexións extraídas da análise da figura dos condominios no Dereito comparado

No informe *Urbanization and development. Emerging futures* publicado pola ONU-Hábitat no ano 2016 afirmase que, “socialmente, o modelo de urbanización xera múltiples formas de desigualdade, exclusión e carencias, o que crea desigualdades espaciais e cidades divididas, frecuentemente caracterizadas por urbanizacións pechadas e áreas de *chabolismo*”. No documento faise mención aos principais lugares do mundo en que se está a producir este fenómeno: no mundo anglosaxón, nos Estados Unidos (no ano 2007 existían preto de sete millóns de fogares dentro de vinte mil *gated communities*) e Inglaterra (con máis dun millar de condominios no ano 2004, sobre todo preto de

Londres e no sueste do país); en América Latina, as cidades de Santiago de Chile e Bos Aires; e en África, as cidades de Xohanesburgo, Nairobi e Lagos.

No presente artigo detivémonos máis na análise dos condominios dos países que cumprían con dous requisitos: contar con ordenamentos xurídicos semellantes ao noso e cun número significativo de urbanizacións pechadas (a maiores analizouse o caso dos Estados Unidos, por constituír o xerme dos condominios). Arxentina, Chile e Brasil cumpren notoriamente coas dúas condicións²¹. Porén, como sinalou o sociólogo polaco-británico ZYGMUNT BAUMAN²² –na mesma liña que o informe da ONU–, as urbanizacións pechadas non son un fenómeno exclusivo de América Latina, senón que *“a mesma tendencia prevalece en todos os continentes. Trátase doutro intento desesperado de separarse da vida incerta, desigual, difícil e caótica de “afora”. [...] Cercarse nunha “comunidade pechada” non pode senón significar tamén excluír todos os demais dos lugares dignos, agradables e seguros, e encerralos nos seus barrios pobres. Nas grandes cidades, o espazo divídese en “comunidades pechadas” (guetos voluntarios) e “barrios miserables” (guetos involuntarios). O resto da poboación leva unha incómoda existencia entre eses dous extremos, soñando con acceder aos guetos voluntarios e temendo caer nos involuntarios”*.

As principais conclusións que podemos extraer da análise dos condominios en América desde unha perspectiva xurídica son as seguintes:

1. Os condominios pechados (sexa cal for a súa denominación no país en concreto) xorden ou ben aproveitando baleiros legais ou ben ao abeiro das normas civís existentes, normalmente as reguladoras da propiedade horizontal.

2. A elevada demanda das urbanizacións pechadas provoca que –devagar nalgúns casos, con maior celeridade noutros–, a maior parte dos países vaian lexislando de cara a acadar unha completa legalización dos condominios, malia a crítica e oposición da maior parte da doutrina, tanto no eido xurídico como desde a xeografía, a socioloxía ou as ciencias políticas. Porén, non se pode esquecer que é a forma de residencia da maior parte dos integrantes dos poderes executivo, lexislativo e xudicial en moitos países, especialmente nos latinoamericanos.

3. Esta lexislación, pola propia natureza do condominio aplicado ao uso do solo, debería ter carácter administrativo en determinados aspectos (especialmente para outorgarlle un sustento legal ao feito de que se poidan abrir vías que non van ter a condición de públicas, por se tratar dun aspecto que non ten doado encaixe desde un punto de vista urbanístico), pero non sempre é así. En moitos casos están regulados en exclusiva por normas de carácter civil, que, malia resultaren de suma importancia para regular o funcionamento interno das comunidades de propietarios

²¹ Existen moitos outros países latinoamericanos con condominios, aínda que non cun número tan elevado como o que existe nos tres países analizados. Asemade, a súa regulación tórnase repetitiva, ao se tratar de normas civís, especialmente de propiedade horizontal, sen que no eido do Dereito administrativo se teña regulado nada. O estudo da lexislación de varios deles leva á conclusión de que incluílos non achegaría moito a este artigo. Por outra banda, tamén cómpre ter en conta que os tres países analizados son os que contan cunha maior literatura científica publicada sobre este tema.

²² PAVÓN, H., “Entrevista a Zygmunt Bauman. El Estado benefactor volvió para los ricos” *Revista Ñ*, n. 303, 2009. Acceso web: https://www.clarin.com/ideas/entrevista-zygmunt-bauman_0_HjJEXpdsw7l.html (9 de maio de 2021).

ou condominios, non abundan –como se explicou– para abordar todos os aspectos conflitivos que xorden coa construción de condominios.

Afortunadamente, como se verá a continuación, na lexislación española e galega séguese en xeral a tendencia inversa: do baleiro legal e a súa aceptación tácita á súa prohibición, coas curiosas excepcións que se poden atopar na normativa de ámbito local.

3 Perspectiva histórica dos condominios no ordenamento xurídico de España con especial mención ao caso galego

3.1 Os anos cincuenta do século XX

A orixe xurídica dos condominios urbanísticos en España –baixo a denominación *urbanizacións particulares*– atopámola nunha norma do franquismo²³, no artigo 41 da Lei do 12 de maio de 1956 sobre réxime do solo e ordenación urbana. Cómpre aclarar que a inclusión deste artigo se debeu a un interese do lexislador de conceder apoio legal a realidades que se estaban a materializar naquela época. Resulta paradigmático o caso da Posesión de Somosaguas (en que se integra La Finca), no municipio madrileño de Pozuelo de Alarcón, que na actualidade segue a ser unha das máis exclusivas urbanizacións de España. No ano 1955 o seu promotor, o Grupo Empresarial do Banco Urquijo, presentou un plan para a súa urbanización ante a Comisión de Urbanismo de Madrid, dividindo as 750 hectáreas que conforman o conxunto en cinco zonas distintas²⁴.

Dado que a partir do ano 1956 os promotores de urbanizacións privadas comezaron a contar con apoio desde o punto de vista do Dereito administrativo para construílas de forma legal²⁵, era preciso acudir ao dereito civil para regular a relación entre os propietarios e a xestión dos elementos privativos da urbanización. Para tal efecto, comezouse a aplicar o artigo 396 do Código civil²⁶, nese momento coa modificación efectuada no ano 1939, que sentaba as bases da propiedade horizontal cando aínda non existía unha lei específica que a regulase. O precepto, non obstante, estaba pensado para as edificacións en altura, ao comezar establecendo: “*se os diferentes pisos dun edificio ou as partes de piso susceptibles de aproveitamento independente por*

²³ Posuíndo, xa que logo, o Estado a competencia exclusiva en materia de urbanismo e ordenación do territorio.

²⁴ CALLEJA DÍEZ, L., *Gated communities. Adaptación del modelo al entorno de Madrid*, traballo fin de grao na Escola Técnica Superior de Arquitectura da Universidade Politécnica de Madrid, Madrid, 2018, p. 41. Acceso web: <http://oa.upm.es/51341/> (9 de maio de 2021). As cinco zonas en que se dividiu a Posesión de Somosaguas foron: Somosaguas A, Somosaguas Norte, Somosaguas Centro, Prado de Somosaguas e Somosaguas Sur (La Finca).

²⁵ Isto non significa que todas as urbanizacións privadas que comezaron a súa tramitación antes de 1956 o fixesen sen amparo legal, posto que podían atopar fundamento nalgunha norma de ámbito local.

²⁶ A redacción orixinal deste precepto, do ano 1889, foi modificada nos anos 1939, 1960 e 1999.

ter saída propia a un elemento común daquel ou á vía pública, pertencesen a distintos propietarios [...]”.

3.2 Os anos sesenta do século XX

Á aprobación da Lei do solo de 1956 seguiu catro anos despois a aprobación da Lei 49/1960, do 21 de xullo, sobre propiedade horizontal (que implicou unha nova modificación do artigo 396 do Código civil). Cómpre sinalar que as dúas normas marcaron un fito importante no ordenamento xurídico español. A do solo porque ata ese momento o urbanismo só estaba regulado por ordenanzas municipais e por normas de rango legal cuxo ámbito se reducía ás grandes cidades²⁷ (fronte ao ámbito universal –do territorio español– da nova norma) e a de propiedade horizontal porque, como se explicou, esta cuestión unicamente estaba regulada no Código civil, sendo insuficiente para atallar todos os problemas que xera a convivencia veciñal.

A nova Lei de 1960, igual que o artigo 396 do Código civil, tiña como obxecto as edificacións en altura. A solución que se adoptou para as primeiras urbanizacións privadas foi realizar unha interpretación analóxica destas normas, de xeito que non serían elementos comúns as escaleiras ou o ascensor –por non existiren–, senón as vías e as zonas verdes interiores.

No caso galego, a urbanización privada paradigmática cuxa tramitación administrativa comezou neste período é a da illa de Toralla, na cidade de Vigo²⁸. O proxecto de urbanización da illa redactouse no ano 1967, estando esta regulada pola Ordenanza 11-Zona Exterior das Ordenanzas Municipais de Edificación de Vigo. Por aquel entón a cidade carecía dun instrumento de planificación xeral do municipio. O primeiro que se redactou, dous anos despois de que comezase a tramitación de Toralla, en 1969²⁹, non chegou a entrar en vigor, debendo agardarse a que Vigo contase co seu primeiro Plan Xeral de Ordenación Urbana, en 1971. Polo tanto, en virtude da mencionada Ordenanza 11, foron aplicadas as súas letras D (que permitía construír “colonias”) e E (de “edificios illados”). Os propietarios, baseándose nesta norma regulamentaria e nas zonas que delimitaba, propuxeron realizar dúas tipoloxías distintas na illa: cidade xardín composta por vivendas unifamiliares por unha banda e edificios en altura por outra. O proxecto foi aprobado inicialmente polo Pleno do Concello de Vigo con data do 3 de febreiro de 1968 e definitivamente pola Comisión Provincial de Urbanismo de Pontevedra con data do 10 de outubro do mesmo ano. O proxecto estipulaba a urbanización completa de Toralla (subministración de auga e electricidade,

²⁷ Ademais de normas xenéricas –non urbanísticas en exclusiva– aplicadas a todo o territorio español, como é o caso das leis de bases de réxime local do 17 de xullo de 1945 e 3 de decembro de 1953, que foron refundidas nun texto único no ano 1955.

²⁸ A illa pertenceu ao mosteiro de Celanova ata a desamortización de Mendizábal en 1836, momento en que pasa a mans privadas. Despois de ter varios propietarios, en 1965 adquirena José Manuel Kowalski Fernández e Mercedes Peyrona Díez de Güemes. Nese mesmo ano Kowalski constitúe cos irmáns Ramón e Guillermo Vázquez Lorenzo a entidade Toralla, S.A., que se converte na nova propietaria.

²⁹ De acordo con GONZÁLEZ PÉREZ e LÓPEZ GONZÁLEZ, este PXOU foi aprobado inicialmente en maio de 1967 e provisionalmente en marzo de 1969, pero o Ministerio de Vivenda denegou a súa aprobación definitiva en resolución de data 22 de xullo de 1969 (GONZÁLEZ PÉREZ, J.M. e LÓPEZ GONZÁLEZ, A., “La dinámica demográfica y el planeamiento urbano en Vigo desde 1960. Impacto del proceso de industrialización desarrollista”, *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, n. 23, 2003).

rede viaria e de sumidoiros e unha ponte que comunicase a illa coa cidade). Ademais dun paseo marítimo pola parte norte da illa, contemplaba tres zonas diferenciadas:

a) Residencial. Constituída por ata corenta e tres vivendas unifamiliares de ata dúas plantas.

b) Turística. Composta por dous bloques destinados a apartamentos.

c) Deportiva. Con pistas de tenis, piscina, praia deportiva e peirao privado.

Aos bloques de apartamentos designáronselles as letras A e B, denominándose o primeiro “Edificio Parque”, con dez pisos de altura e o segundo “Edificio Torre”, con vinte pisos de altura. O bloque A, tras varios anos de litixios xudiciais, non chegou a construírse³⁰, pero si se edificou o bloque B, converténdose nun símbolo da especulación urbanística e do maltrato ao territorio³¹. En canto ás vivendas unifamiliares, finalmente construíronse trinta e catro³².

A superficie total a urbanizar en Toralla foi de 76.900 metros cadrados, dos cales 51.900 m² correspondían á propiedade e 25.000 m² ao dominio público marítimo-terrestre³³.

3.3 Os anos setenta do século XX

A comezos da década dos setenta, o Ministerio de Vivenda promoveu a redacción dun anteproxecto de lei das urbanizacións residenciais privadas, nunha norma que mesturaba asuntos propios do Dereito administrativo con asuntos do dereito civil³⁴ e que nunca chegou a avanzar na súa tramitación.

Por outra banda, o texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana aprobado mediante o Real decreto 1346/1976, do 9 de abril, recolleu a luva da Lei do solo de 1956 e no seu artigo 53 reproduciu de forma bastante similar o anterior 41, modificando a denominación de *urbanizacións particulares* pola de *urbanizacións de iniciativa particular*. Non obstante, esta matización e a obriga de cesión de dotacións

³⁰ Porén, si chegou a contar con un proxecto técnico visado polo Colexio de Arquitectos, que foi redactado por Jesús de Juan y Álvarez. A orixe do conflito radicou no feito de que o Plan Parcial de Coruxo-Canido Norte en que se incluía Toralla omitira as especificacións relativas ás edificacións en altura da illa. Tampouco se chegou a materializar un proxecto de garaxe-aparcadoiro de dúas plantas presentado no Concello no ano 1973, aínda que por motivos distintos, nos cales non nos detemos por exceder as pretensións do presente artigo, que aspira a ter un carácter máis xeral.

³¹ Paradoxalmente, o seu proxecto técnico foi redactado (con visado no Colexio profesional no ano 1968) por un arquitecto vigués que deixou outras obras singulares na cidade que hoxe constitúen verdadeiras obras de arte polo seu carácter innovador pero respectuoso coa contorna, Xosé Bar Boo.

³² Desde o punto de vista do dereito civil, os propietarios de vivendas da illa constituíronse en comunidade de propietarios de acordo coa Lei de propiedade horizontal de 1960. As dúas comunidades de propietarios da illa, El Castro de Toralla e a Torre de Toralla decidiron no ano 1984 adquirir a totalidade das accións da entidade Toralla, S.A. Inicialmente estaba previsto que a comunidade xeral estivese tamén composta por unha terceira denominada Bloque Curvo. Porén, ao non se construír este edificio, tampouco se chegou a constituír esta subcomunidade.

³³ A entidade Toralla, S.A., conseguiu a concesión de parte do dominio público marítimo-terrestre (Orde ministerial do 10 de agosto de 1973). En total foron tres as concesións obtidas para obras de defensa contra o mar e servizos. Non obstante, o Consello de Administración de Toralla, S.A., decidiu reverter as concesións e facilitar que se lles concedese á Universidade de Vigo para a creación dunha Estación de Ciencias Mariñas, que foi inaugurada no ano 2006. Non foi este o primeiro paso na apertura parcial da illa, posto que no ano 1997 o Tribunal Supremo ditaminaba que debía liberalizarse o paso pola ponte (que fora construído pola entidade Toralla, S.A., cunha concesión administrativa por 99 anos). Así mesmo, a sentenza establecía que os propietarios debían ceder seis metros de terreo para dominio público a partir da vindeira preamar rexistrada. Por outra banda, a sentenza mantivo a prohibición de acceder á illa por parte de vehículos alleos á propiedade.

³⁴ Acceso web: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/urbanizacion-privada/urbanizacion-privada.htm> (9 de maio de 2021).

para o dominio e uso público imposta pola norma limitaban xuridicamente a posibilidade de construción de urbanizacións que contasen coa totalidade de elementos comúns de titularidade privada. Con todo, moitos concellos optaron por adoptar variadas argucias legais para desentenderse da conservación e mantemento de vías e dotacións que deberían ter sido públicas, derivando estes actos en urbanizacións privadas.

Por outra banda, a chegada da democracia nesta década provocou unha modificación substancial do ordenamento xurídico español debido á aprobación dunha norma común de rango constitucional e á creación de comunidades autónomas dotadas de autonomía propia a varios niveis, como o lexislativo para os efectos que nos ocupan.

Neste sentido, é ben sabido que o artigo 148.1.3.^a da Constitución española do 1978 outorga ás comunidades autónomas competencia exclusiva en materia de ordenación do territorio, urbanismo e vivenda.

3.4 Os anos oitenta do século XX

Desde a perspectiva do dereito público, no que respecta a Galicia nesta década, o artigo 27.Tres do Estatuto de autonomía de Galicia, aprobado mediante a Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, consagrou a competencia exclusiva da comunidade autónoma galega en materia de ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda.

Desde a perspectiva do Dereito privado, resultou crucial en toda España a Resolución do 2 de abril de 1980 da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado³⁵, no cal se resolvía un recurso interposto por un notario de Ciudad Rodrigo en relación cunha escritura de declaración de obra nova e división horizontal en que a sociedade cooperativa promotora pretendía declarar como elementos comúns das edificacións construídas “os espazos destinados a rúas e os terreos sobrantes sobre os que no seu día se construírán a zona escolar, a zona comercial, a gardaría infantil e os xardíns cooperativistas.” A DXRN estableceu o seguinte: “Considerando que en tanto non apareza a normativa legal que regule esta nova figura xurídica faise preciso arbitrar os medios pertinentes para que poida ter reflexo no Rexistro a dita figura, e entre eles cabe estimar aquel que se inspira na forma de acceso da propiedade horizontal”.

Nesta década dos oitenta o Tribunal Supremo ditou varias sentenzas nas cales asimilou o réxime das urbanizacións privadas ao dunha propiedade horizontal tradicional. Resulta paradigmática neste sentido a Sentenza do 28 de maio de 1986, en que, en relación coa Urbanización Monteclaro no concello madrileño de Pozuelo de Alarcón³⁶, se afirma que se acepta “a situación de copropiedade similar á coñecida

³⁵ BOE n. 129 de data 29 de maio de 1980.

³⁶ De acordo con CANOSA ZAMORA, Monteclaro tivo como principais adquirentes desde a súa realización a residentes estranxeiros e a famosos do panorama artístico español. A promotora da urbanización foi a empresa de orixe norteamericana Levitt-Bosch Aymerich, S.A. (que tamén promoveu outras catro urbanizacións na zona). Sete anos despois de que William Levitt vendese a súa empresa familiar a International Telephone & Telegraph Corp., esta chegou a Madrid da man de José María Bosch Aymerich, un arquitecto, enxeñeiro industrial e promotor catalán. Montealto foi o seu primeiro condominio, copiando o modelo estadounidense de urbanizacións privadas. O segundo foi Monte Alina, tamén en Pozuelo de Alarcón, residencia de varios políticos e artistas españois (CANOSA ZAMORA, E., “Las urbanizaciones cerradas de lujo en Madrid: una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002).

como propiedade horizontal, pola existencia dun dereito de propiedade singular sobre cada parcela e un dereito de copropiedade sobre un conxunto de elementos comúns e pola vontade manifesta das partes de aplicar o réxime da propiedade horizontal”.

3.5 Os anos noventa do século XX

Desde a perspectiva do Dereito administrativo, resulta relevante nesta época a Lei 8/1990, do 25 de xullo, sobre reforma do réxime urbanístico e valoracións do solo (que deu lugar ao Real decreto lexislativo 1/1992, do 26 de xuño, polo que se aprobaba o texto refundido da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana). A súa relevancia radicou sobre todo na Sentenza do Tribunal Constitucional que se ditou tras os recursos presentados, a 61/1997, do 20 de marzo, que veu aclarar que, a pesar de que as comunidades autónomas contan con competencias exclusivas en urbanismo, ordenación do territorio e vivenda, o Estado ten competencia no que se refire ás condicións básicas do exercicio do dereito de propiedade, ás garantías xerais da expropiación forzosa e o réxime de valoracións, aos aspectos rexistrals e á responsabilidade patrimonial da Administración (sen contar con outras competencias estreitamente ligadas a esta materia que non incluíu a sentenza, como a do procedemento administrativo común).

Non significa isto que as competencias ficasen perfectamente delimitadas a partir deste momento, xa que a seguinte norma urbanística estatal, a Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións, volveu invadir competencias autonómicas, dando lugar a unha nova Sentenza do Tribunal Constitucional, a 164/2001, do 11 de xullo.

Desde a perspectiva do dereito civil, no ano 1991 aprobouse un anteproxecto de Lei de conxuntos inmobiliarios que non continuou coa súa tramitación. O que si resultou significativo nesta década foi a Lei 8/1999, do 6 de abril, de reforma da Lei 49/1960, do 21 de xullo, sobre propiedade horizontal. O seu artigo vixésimo introduciu un novo precepto á norma de propiedade horizontal, o número 24, para regular os denominados *complexos inmobiliarios privados* (é dicir, as urbanizacións privadas), que entre outras moitas cousas – dado que conta cunha lonxitude considerable – establece que “o título constitutivo conterá a descrición do complexo inmobiliario no seu conxunto e dos elementos, vías, instalacións e servizos comúns”.

3.6 As dúas primeiras décadas do século XXI

Á Lei 8/2007, do 28 de maio, do solo (con texto refundido aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño), seguíronlle as normas que deron lugar ao texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana, aprobado polo Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, que non fai mención ás urbanizacións de iniciativa particular, ao se tratar dunha cuestión que deben regular as comunidades autónomas.

4 Os condominios no ordenamento xurídico galego

Analizando as normas de rango legal reguladoras do urbanismo galego no marco constitucional³⁷, chégase á conclusión de que algunhas fixeron mención ás *urbanizacións de iniciativa particular* nos mesmos termos que as leis estatais, como é o caso da do ano 1985 ou da do ano 1997, pero non chegaron a conter unha regulación exhaustiva dos condominios. Cómpre aclarar, non obstante, con efectos tanto para as normas estatais como para as autonómicas, que o termo empregado non implicaba necesariamente que as urbanizacións estivesen pechadas e contasen con vías e outros elementos comúns privados. Poden existir urbanizacións ao abeiro desta denominación que simplemente fosen promovidas por particulares pero que non encaixasen na tipoloxía de urbanización pechada ou condominio. De feito, o habitual é que os concellos non permitisen o establecemento de condominios, considerando que as obrigadas cesións dotacionais á Administración pública local en todo o solo urbano non categorizado como consolidado impedían a súa construción de se aplicaren as normas con rigor.

Non obstante, a falta de mención expresa nas normas autonómicas e estatais no que atinxe ao solo urbano consolidado levou algúns concellos galegos a autorizar os condominios de acordo cos seus propios criterios internos, ante a ausencia de regulación desta materia tamén en practicamente todos os instrumentos de planeamento municipal. Estes criterios foron durante moitos anos considerar a parcela de solo urbano consolidado como un todo e non cada vivenda a construír en particular, e para tal efecto só se consideraba que a parcela sobre a que se construía a urbanización cumprise os parámetros urbanísticos xerais, como contar con todos os servizos urbanísticos e dar fronte a vía pública pavimentada. Este foi o caso, por exemplo (xa que se poderían citar moitas outras), da urbanización construída nos primeiros anos da década dos noventa do século XX nas inmediacións da avenida Atlántida da parroquia viguesa de Alcabre, cunha superficie aproximada de dúas hectáreas e as vías interiores e elementos comúns do condominio (pistas deportivas, piscina e zonas verdes) pechados a terceiros.

Non obstante, os tribunais de xustiza consideraron nalgúns situacións que toda vía que se abra debe aparecer grafada no planeamento, prohibindo deste xeito toda urbanización en que non se dea o suposto de que a totalidade das vivendas teñan fronte a vía pública pavimentada (existente ou de nova apertura, pero en todo caso grafada no planeamento). Entre outras, resulta de interese a Sentenza do Tribunal Superior de Galicia do 9 de outubro de 2008, que, en relación cun estudo de detalle sobre unha parcela de solo urbano en que se grafa unha vía privada para dar acceso rodado a sete bloques residenciais, estima o recurso contencioso-administrativo interposto pola Xunta de Galicia. Esta última defendía que “*aínda que no ED se pretenda*

³⁷ Estas normas foron: a Lei 11/1985, do 22 de agosto, de adaptación da do solo a Galicia; a Lei 1/1997, do 24 de marzo, do solo de Galicia; a Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural; e a Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia (co seu regulamento de desenvolvemento, aprobado polo Decreto 143/2016, do 22 de setembro).

qualificalo como privado é de uso público, pois é o que dá acceso rodado aos sete bloques situados cara ao Oeste, que non o teñen desde a estrada LU-540; que de ser privado, as parcelas nas que se prevén os ditos bloques non serían soares por carecer de acceso por vía pública; e que a dita vía é o único acceso desde a indicada estrada, pois os sinalados nos planos do ED como vías NSP Norte e Sur non existen na realidade física”.

Esta situación mudou en municipios como Vigo, que coa aprobación definitiva en agosto de 2008 do novo Plan Xeral de Ordenación Municipal legalizou –sen necesidade de acudir a criterios internos sen verdadeiro sustento legal, como antes– os condominios³⁸. Neste sentido, no artigo 2.3.5. *Deber de conservación da urbanización da súa normativa urbanística establecíase no seu punto 8:*

“Fóra dos supostos anteriores, cando a totalidade ou unha parte da superficie da urbanización se dedique ó servizo exclusivo dos propietarios, ou se atope en réxime de condominio, estes asumirán a súa conservación, sen necesidade de constituír unha entidade de conservación. O deber de conservación terá prazo indefinido e referirase á totalidade dos servizos das ditas superficies de servizo exclusivo. O réxime aplicable será o establecido no artigo 8.2.2, do título VIII destas Normas Urbanísticas”.

Asemade, no artigo 5.2 *Uso residencial*, ao regular a categoría 1.^a *Vivenda unifamiliar* (de acordo coa súa definición “*a situada nunha única parcela con acceso independente desde a vía ou espazo público. En función da súa relación coas edificacións lindeiras pode ser illada, pareada ou acaroada con outras edificacións*”), recoñécense no apartado 5.2.1.b) as seguintes condicións de condominio:

“N.º1. As producidas como consecuencia da parcelación «ob rem» en que se configuran parcelas unifamiliares, con acceso independente desde o espazo público, en cada unha das cales se diferencian dúas superficies: unha onde se situará a vivenda unifamiliar e outra integrada nunha superficie configurada como elemento común da totalidade das parcelas unifamiliares resultantes da parcelación, cumprindo ademais as seguintes condicións:

– Deberá quedar garantida, mediante a constitución do réxime xurídico correspondente, a imposibilidade de disposición independente da parte de parcela onde se localiza a edificación e a parte restante que da mesma se integra na superficie configurada como elemento común da totalidade das parcelas unifamiliares do conxunto da actuación.

³⁸ Debe sinalarse que a inclusión dos condominios no PXOM estivo motivada por cuestións exclusivamente técnicas. O obxectivo era ofrecerlle unha solución urbanística a un conxunto de parcelas en que se incluían soares que legalmente só podían ser clasificados e categorizados como solo urbano consolidado, pero que deixaban detrás a varias parcelas inedificables. O equipo redactor do plan (en concreto, a entidade Consultora Galega, S.L., fundada no ano 1979 polo sociólogo Daniel Pino e os arquitectos César Portela, Iago Seara e Xosé Bar Boo, en concurso de acredores voluntario desde o ano 2014 e en proceso de liquidación desde o 2019) optou por outorgarlle o réxime de condominio a estas bolsas de solo –compuestas polas parcelas con fronte á vía pública e tamén polas que quedaban detrás–, cunha superficie media de ao redor de media hectárea. Semella razoable descartar os motivos ideolóxicos na elección da figura do condominio porque o texto do PXOM comezou a elaborarse no ano 2001 baixo o goberno municipal do BNG, aprobouse inicialmente en 2004 e provisionalmente en 2006 co PP, de novo provisionalmente en 2007 co PSOE (porque este introduciu unha serie de modificacións, sen que ningunha delas supuxese unha alteración no réxime dos condominios) e finalmente con carácter definitivo pola Xunta de Galicia en 2008.

O cumprimento deste réxime exixirase no acto de concesión de licenza de parcelación e inscribírase no Rexistro da Propiedade.

– O número máximo de vivendas será o número enteiro resultante de dividir a superficie da parcela edificable obxecto da parcelación, pola superficie mínima establecida na zona de ordenanza e grao correspondente.

– A superficie da parcela na que se asenta a vivenda non poderá ser inferior ao cincuenta por cento (50%) da superficie mínima establecida e, en ningún caso, menor de cen (100) metros cadrados.

– A superficie da parcela de vivenda unifamiliar resultante da suma das dúas partes producidas no proxecto de parcelación non poderá ser inferior á superficie mínima de parcela establecida pola zona de ordenanza e grao.

– As superficies das parcelas definidas nos apartados anteriores deberán ter continuidade física e quedarán garantidas as condicións de seguridade e accesibilidade dunhas e outras.

– A edificabilidade e ocupación correspondentes serán as aplicables ao conxunto da suma das superficies das dúas partes diferenciadas da parcela.

N.º 2. As vivendas en réxime completo de condominio sen parcelación da finca de orixe, no que as vivendas están repartidas no conxunto e a elas se accede de forma peonil, ou con acceso ocasional de vehículos, e comparten os espazos libres como espazos comúns.

Poderán realizar garaxes comúns ou independentes, baixo rasante, ou ao bordo da aliñación do viario público ao que dea fronte a parcela.

A realización destas vivendas exixirá a redacción dun proxecto unitario sometido á obtención dunha única licenza.

O número máximo de vivendas será o número enteiro resultante de dividir a superficie da finca obxecto de condominio, pola superficie mínima establecida na zona de ordenanza e grao correspondente, e non poderá superar o de 10 vivendas por condominio.

A edificabilidade será a que corresponda aplicar ao número de parcelas teóricas calculadas segundo o parágrafo anterior, segundo ordenanza e grao.

En todo os supostos dos condominios anteriores, a separación a lindeiros será a da ordenanza e grao correspondente”.

O PXOM de Vigo foi anulado por unha Sentenza do Tribunal Supremo do 10 de novembro de 2015 polo único motivo de terse incumprido o trámite de avaliación de impacto ambiental estratéxica. Tras a anulación recobrou vixencia o anterior planeamento, de 1993, un instrumento de ordenación municipal en exceso sucinto, que non menciona os condominios ou figura equivalente nin en sentido positivo nin negativo. En abril de 2017 os técnicos municipais de Vigo comezaron a redactar un Instrumento de Ordenación Provisional (en diante, IOP), en cumprimento do disposto na Lei 2/2017, do 8 de febreiro, de medidas fiscais, administrativas e de ordenación.

O IOP foi aprobado con carácter definitivo, tras contar cos informes preceptivos, polo Pleno do Concello de Vigo en sesión do 24 de xullo de 2019 (DOG do 26 de agosto de 2019 e BOP do 20 de setembro de 2019). A regulación dos condominios foi copiada

palabra por palabra do PXOM de 2008, estando vixente a día de hoxe mentres non se aprobe o novo PXOM en tramitación³⁹.

A regulación viguesa dos condominios non considera que os camiños interiores das urbanizacións construídas ao abeiro desta normativa sexan verdadeiras estradas ou rúas, de aí que non lles apliquen as mesmas normas que ás novas vías⁴⁰ (para os efectos de anchura, conexión de subministracións, beirarrúas, cesión ao dominio público, etc.), senón que lles confire a condición de accesos rodados privados equivalentes aos que pode facer a persoa propietaria dunha vivenda unifamiliar na súa parcela ou a aquel co que conta un edificio multifamiliar para acceder ao portón do garaxe común. Trátase dunha cuestión discutible, pero o que resulta un perigoso antecedente de cara a unha eventual proliferación das urbanizacións privadas é o feito de que se considere que non sexa preciso que cada unha das vivendas integrantes do condominio dea fronte á vía pública, senón que sexa suficiente con que o faga a parcela global (co símil de que nun edificio multifamiliar o que dá fronte á vía pública é o portal, non cada unha das vivendas, volvendo outra vez a xustificar as urbanizacións privadas desde a normativa civil, en concreto das normas de propiedade horizontal, e non desde a normativa administrativa).

Resulta un paradoxo, por outra banda, a existencia desta normativa sobre condominios e a denegación por parte do Concello de Vigo dunha licenza de parcelación na illa de Toralla por non dar a parcela fronte á vía pública. O oportuno desta denegación foi ratificado pola Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 6 de outubro de 2020. Esta decisión xudicial marca un fito inédito na nosa comunidade autónoma, ao ratificar, nunha urbanización privada xa existente, a denegación da licenza porque a vía á que dá fronte non é de titularidade pública. Inédita resulta igualmente a decisión adoptada pola Xerencia Municipal de Urbanismo de Vigo nesta ocasión. Esta nova sentenza reafirma o criterio establecido pola Sentenza do 9 de outubro de 2008 comentada con anterioridade neste escrito (pero non sobre unha urbanización futura, senón xa construída, de aí a súa novidade), ao dispor que *“fica constatado o carácter privado da vía de xeito dificilmente refutable, sen prexuízo de advertir que certamente as actuacións precedentes en relación con outras edificacións existentes na Illa non repararon nesta circunstancia coa precisión que o fixo nesta ocasión a resolución denegatoria da licenza de parcelación”*.

5 Conclusións

As urbanizacións pechadas en Galicia non supoñen un problema urbanístico, como si acontece noutros lugares, debido ao seu escaso número, non apropiándose de

³⁹ Prevese a aprobación inicial do novo PXOM na segunda metade do ano 2021.

⁴⁰ A Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, unicamente fai mención expresa á prohibición da apertura de camiños que non estean grafados no planeamento en solo rústico e mais en solo de núcleo rural, pero nada di do solo urbano consolidado. Para este último cómpre acudir ao artigo 117 do seu regulamento, cuxa redacción non é tan contundente como a lei nas dúas clases de solo comentadas, ao limitarse a sinalar que os plans xerais deben establecer o trazado e mais a aliñación de toda a rede viaria pública en solo urbano consolidado. Non obstante, como se está a explicar, no caso dos condominios o Concello de Vigo non considera que se trate de verdadeiras vías, senón de camiños interiores de servizo.

demasiado espazo que podería ser público nin chegando a constituír verdadeiros guetos. Non obstante, non debería consentirse a súa existencia, por contraviren os principios básicos en que se sustenta o noso sistema urbanístico.

No que atinxe aos condominios xa construídos, non existen moitas solucións para facer públicas as vías existentes (a desprivatización do resto das zonas comúns é un asunto moito máis complexo que habería que analizar caso por caso), posto que se no seu día non foron cedidas á Administración local, hoxe só poderían obterse grafándoa no planeamento urbanístico como sistemas locais e obténdoa mediante expropiación forzosa, convenio ou permuta forzosa⁴¹ e, para tal efecto, habería que valorar se paga a pena este procedemento, tanto desde o punto de vista de interese xeral como económico. Asemade, cómpre ter en conta que a maior parte das urbanizacións pechadas existentes en Galicia foron edificadas con todos os permisos municipais correspondentes sen ningunha oposición ni por parte doutras administracións públicas nin por parte de particulares, o que leva a pensar que a aplicación do procedemento sinalado implicaría a interposición por parte dos copropietarios dos correspondentes recursos en vía xudicial, cun resultado incerto. Non obstante, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 6 de outubro de 2020 marca un horizonte optimista de cara a atopar unha solución satisfactoria sen custo para as arcas públicas, dado que atopala se vai converter nun dos obxectivos primordiais daquelas persoas propietarias en condominios que desexen obter licenzas municipais de demolición, obras, reformas e parcelacións, entre outras.

Por outra banda, no que se refire á posibilidade de construír novos condominios, cómpre ter en conta que esta figura urbanística pode ser unha solución –sen necesidade de acudir a un procedemento de normalización de predios– para determinados soares (é dicir, para aqueles terreos que teñan de forma indubidable esta condición e, xa que logo, non poidan ser clasificados e categorizados doutro xeito que non sexa solo urbano consolidado) dunha superficie considerable pero que pola súa forma dispoñen de pouca fronte á vía pública para realizar parcelacións e resultan demasiado grandes para unha ou dúas vivendas unifamiliares, en especial naqueles situados en lugares onde o prezo do metro cadrado de solo é moi elevado. Unha solución a esta problemática que conxugue os intereses públicos cos particulares podería ser outorgarlle a esta figura dos condominios, nos escasos soares en que as ordenanzas municipais aplicables os permitan por estes motivos comentados, a singularidade de posibilitar abrir novos camiños en solo urbano consolidado, incluso con requisitos inferiores aos previstos para as vías ordinarias no que atinxe a anchura e outras cuestións, sempre que sexan cedidas á Administración local para formar parte do dominio público.

⁴¹ Artigo 129.1 da LSG 2016.

Bibliografía

- CALLEJA DÍEZ, L., *Gated communities. Adaptación del modelo al entorno de Madrid*, traballo fin de grao na Escola Técnica Superior de Arquitectura da Universidade Politécnica de Madrid, Madrid, 2018.
- CALLIES, D.L., FRANZESE, P.A. e GUTH, H.K., “Urbanizaciones ‘encerradas’, pactos y problemas”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002.
- CANOSA ZAMORA, E., “Las urbanizaciones cerradas de lujo en Madrid: una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002.
- CASTRO SILVA, G., GOMES REIS LOPES, W. e LIRA MONTEIRO, M.S., “Presença de condomínios horizontais e loteamentos fechados nas cidades contemporâneas: expansão e transformações do espaço urbano”, *Geosul*, n. 30(59), 2015.
- DAL MORO, T.F. e GOMES, D., “A (i)legalidade dos condomínios fechados frente às normas de direito urbanístico”, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, n. 7(26), 2013. Acceso web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4816088> (9 de maio de 2021).
- GARCÍA CARBALLO, A., “Urbanizaciones de lujo y segregación residencial de las clases altas en Somosaguas, Pozuelo de Alarcón (Madrid)”, *Ería*, n. 94, 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.M. e LÓPEZ GONZÁLEZ, A., “La dinámica demográfica y el planeamiento urbano en Vigo desde 1960. Impacto del proceso de industrialización desarrollista”, *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, n. 23, 2003.
- HIDALGO DATTWYLE, R., SALAZAR BARROWS, A. e ÁLVAREZ CORREA L., “Los condomínios y urbanizaciones cerradas como nuevo modelo de construcción del espacio residencial en Santiago de Chile (1992-2000)”, *Scripta Nova (Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales)*, n. 7, 2003. Acceso web: [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(123\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(123).htm) (9 de maio de 2021).
- LE LOUARN, P., “Las ciudades privatizadas o la impotencia del derecho”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002.
- LIBERTUN DE DUREN, N., “Barrios cerrados como estrategia de desarrollo municipal”, *Apuntes de investigación/Tema central: Conurbano*, n. 16/17, 2009-2010.
- MALIZIA, M. e PAOLASSO, P., “Countries y barrios privados en Yerba Buena, Gran San Miguel de Tucumán, Argentina: nuevas formas de expansión urbana”, *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 24, n. 3(72), 2009.
- ONU-HÁBITAT, “Urbanization and development. Emerging futures”, *World Cities Report*, 2016. Acceso web: <https://unhabitat.org/world-cities-report> (9 de maio de 2021).
- ORIOLANI, F.A. e CANESTRATO, M.L., “Precariedad jurídica y políticas habitacionales. Conflictos y disputas en el caso del conjunto habitacional «Lomas del Golf» (Mar del Plata, Argentina)”, *Revista Cis*, n. 25, 2018.
- ORIOLANI GARCÍA, F.A., “Configuración socio-espacial del barrio Lomas del Golf (Mar del Plata). Una aproximación a partir de su génesis constitutiva y la percepción de los actores sociales”, *Quid* 16, n. 10, 2019.

- ORREGO ACUÑA, J.A., *Ley n. 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria*. Acceso web: <https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/> (9 de maio de 2021).
- PARDO RODRÍGUEZ, S., “La isla de Toralla”, traballo final do Máster de Política Territorial e Urbanística da Universidade Carlos III de Madrid, Madrid, 2004.
- PAVÓN, H., “Entrevista a Zygmunt Bauman. El Estado benefactor volvió para los ricos”, *Revista Ñ*, n. 303, 2009. Acceso web: https://www.clarin.com/ideas/entrevista-zygmunt-bauman_o_HJjEXpds7l.html (9 de maio de 2021).
- PRIORE, E.R., VELOZO, C.R.M., HIKAZUDANI, P.I. e ANDRADE, Z.R.M., “A importância do planejamento e orçamento: um estudo de caso sobre o uso da ferramenta de orçamento em um condomínio”, *Revista ENIAC Pesquisa*, n. 4(1), 2015.
- REDACCIÓN, “Toralla salta a la red”, *Atlántico Diario*, 11 de agosto de 2010. Acceso web: <https://www.atlantico.net/articulo/vigo/toralla-salta-red/20100812093756092511.html> (9 de maio de 2021).
- RITTER, C., “O Alphaville no aglomerado metropolitano de Curitiba”, *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, n. 119, 2010.
- RODRIGUES, A.M., “Propriedade fundiária urbana e controle socioespacial urbano”, *Scripta Nova (Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales)*, n. 493(23), 2014. Acceso web: <https://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/15012> (9 de maio de 2021).
- RODRÍGUEZ-TARDUCHY, M.J., *Forma y Ciudad. En los límites de la arquitectura y el urbanismo*, Editorial Cinter Divulgación Técnica, Madrid, 2017.
- ROJO MENDOZA, F., JARA ROJAS, T. e FRICK RAGGI, J.P., “Las urbanizaciones cerradas en la ciudad intermedia. El caso de Temuco (Chile), 2005-2014”, *Bitácora Urbano Territorial*, n. 29(1), 2018.
- SANTOS DOS, M.A.M. e AMORA, Z.B., “Os enclaves residenciais: fragmentação e mercantilização do espaço urbano na RMF”, *Revista Casa da Geografia de Sobral (RCGS)*, vol. 17, n. 2, 2015.

Regap



ESTUDOS

Regap

Comentarios e crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 163-173
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4726>
© Víctor José Barbeito Pose
© Julián Bustelo Abuín
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/03/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

As deficiencias das ferramentas de xeolocalización dos xacementos arqueolóxicos e as súas consecuencias sobre a protección do patrimonio cultural de Galicia

Las deficiencias de las herramientas de geolocalización de los yacimientos arqueológicos y sus consecuencias sobre la protección del patrimonio cultural de Galicia

The deficiencies of the geolocation tools of archaeological sites and their consequences on the protection of the cultural heritage of Galicia

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

61 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resumo: Analízanse algunhas problemáticas da xeolocalización de xacementos arqueolóxicos en relación cos aproveitamentos forestais a partir dunha serie de cambios normativos. A posta en marcha dun portal web corporativo destinado á tramitación dos procedementos relativos a aproveitamentos fores-

tais pon en evidencia unha serie de disfuncións na clasificación dos bens, a delimitación de áreas afectadas, a localización dos bens e a calidade do rexistro arqueolóxico.

Palabras clave: Patrimonio arqueolóxico, protección, xeolocalización, información arqueolóxica, fiabilidade.

Resumen: Se analizan algunas problemáticas de la geolocalización de yacimientos arqueológicos en relación con los aprovechamientos forestales a raíz de una serie de cambios normativos. La puesta en marcha de un portal web corporativo destinado a la tramitación de los procedimientos relativos a aprovechamientos forestales pone en evidencia una serie de disfunciones en la clasificación de los bienes, la delimitación de áreas afectadas, la localización de los bienes y la calidad del registro arqueológico.

Palabras clave: Patrimonio arqueológico, protección, geolocalización, información arqueológica, fiabilidad.

Abstract: Some problems of the geolocation of archaeological sites are analyzed in relation to forest exploitation as a result of a series of regulatory changes. The launch of a corporate web portal for the processing of procedures related to forest exploitation highlights a series of dysfunctions in the classification of archaeological assets, the delimitation of affected areas, the location of archaeological sites and the quality of archaeological information.

Key words: Archaeological heritage, protection, geolocation, archaeological information, reliability.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Delimitación de áreas afectadas polo patrimonio arqueolóxico. 2.1 Os contornos de protección no visor de aproveitamentos. 2.2 A clasificación dos bens arqueolóxicos. 2.3 Ubicuidade dos bens. 2.4 A xeolocalización e o rexistro arqueolóxico. 3 Conclusións.

1 Introducción

A Lei 5/2017, do 19 de outubro, de fomento da implantación de iniciativas empresariais en Galicia, introduciu dous cambios substanciais respecto da xeolocalización de espazos suxeitos a algún réxime de protección e de ámbitos de protección do dominio público que afectou directamente á Lei 5/2016, do 4 de maio, do patrimonio cultural de Galicia (LPCG), e á Lei 7/2012, do 28 de xuño, de montes de Galicia. Como consecuencia, os distintos departamentos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia deben colaborar coa dirección xeral competente en materia de protección do patrimonio cultural para que se publique nunha ferramenta xeográfica corporativa a información xeolocalizada dos xacementos arqueolóxicos que lles permita, ao resto das administracións públicas e operadores económicos, unha planificación respectuosa co patrimonio cultural de Galicia.

Neste mesmo sentido, o Decreto 73/2020, do 24 de abril, polo que se regulan os aproveitamentos madeireiros e leñosos, de cortiza, de pastos, micolóxicos e de resinas en montes ou terreos forestais de xestión privada na Comunidade Autónoma de Galicia, incorpora na súa disposición adicional quinta o visor de información xeolocalizada¹ dos espazos suxeitos a algún réxime de protección ou afectados por algunha lexislación de protección do dominio público, en permanente actualización ata garantir a súa total, exacta e efectiva implementación.

¹ Acceso web: <https://mapas.xunta.gal/visores/aproveitamentos/> (27 de novembro de 2020).

Neste contexto, en marzo de 2018 a Consellería de Cultura, Educación e Universidade anunciaba a licitación do contrato de servizos de xeolocalización e delimitación de xacementos arqueolóxicos coñecidos na Comunidade Autónoma de Galicia en 25 lotes² por un importe total de 1.100.000 euros (IVE incluído), e cun prazo de execución de 5 meses.

O servizo responsable do patrimonio arqueolóxico da Administración autonómica redactou un proxecto arqueolóxico en que se fixaban as condicións nas cales se debían realizar os traballos, acompañado dun prego de prescricións técnicas particulares³, de acordo co establecido no artigo 124 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, que complementaba as condicións do traballo.

Entre as condicións destacaban tres: a primeira, relacionada coa precisión dos datos, ao ser necesario empregar un GPS ou sistema de posicionamento global con precisión submétrica, argumentando que moitas das entidades arqueolóxicas (xacementos, achados...) se rexistraran durante os anos oitenta e noventa do século pasado cunha tecnoloxía e cartografía que non son compatibles coas necesidades dos tempos actuais; a segunda era a consulta de bibliografía sobre a zona de actuación e documentación administrativa; e a terceira estaba relacionada coa representación espacial das entidades arqueolóxicas.

Atendendo ás modificacións legislativas antes sinaladas, a información obtida durante os traballos arqueolóxicos foi incorporada ao visor da información xeolocalizada da consellería competente en materia de montes que se atopa operativo⁴.

O visor contén un aviso legal (*disclaimer*) proporcionado pola Dirección Xeral de Planificación e Ordenación Forestal da Xunta de Galicia, en que se advirte que, á hora de determinar a responsabilidade dos actos derivados dos aproveitamentos forestais realizados polas persoas titulares dos terreos, se terá en conta a información, que terá carácter oficial, contida nese visor no momento da solicitude de autorización ou declaración responsable.

En cambio, a web oficial de Información Xeográfica de Galicia⁵, dependente da Administración autonómica, anuncia que a información relativa ao patrimonio cultural só é fiable para os datos que constan nos plans xerais de ordenación municipal aprobados e incorporados á devandita información, sen prexuízo de que as persoas interesadas poidan solicitarlle á Dirección Xeral de Patrimonio Cultural un pronunciamiento específico sobre a protección concreta dalgún ben do patrimonio cultural e o alcance das medidas de protección que cómpre desenvolver nun determinado predio segundo o tipo de actividade. Ademais, prevén sobre a información xeolocalizada que será obxecto de actualización permanente na procura dunha certeza dos datos xeorreferenciados.

² Resolución do 1 de marzo de 2018 pola que se anuncia a licitación, polo procedemento aberto con pluralidade de criterios, do contrato de servizos, suxeito a regulación harmonizada, de xeolocalización e delimitación dos xacementos arqueolóxicos que se coñecen na Comunidade Autónoma de Galicia (25 lotes), DOG n. 47, do 7 de marzo de 2018.

³ Acceso web: <https://www.contratosdegalicia.gal/licitacion?OP=50&N=283450&lang=gl> (27 de novembro de 2020).

⁴ Acceso web: <http://mapas.xunta.gal/visores/aproveitamentos/> (1 de febreiro de 2021).

⁵ Acceso web: <http://mapas.xunta.gal/actualidade?content=actualidade0066.html> (1 de febreiro de 2021).

Como se pode observar, existen diferenzas notables entre as informacións proporcionadas por distintos departamentos da Administración autonómica referidos a un mesmo ámbito, o patrimonio cultural. Non obstante, isto non pasaría de ser anecdótico se non tivese implicacións que consideramos de grande interese, non pola diferenza de información achegada, senón pola rede xurídica, administrativa e patrimonial que diso deriva.

A solicitude de autorización, declaración responsable ou comunicación de aproveitamentos madeireiros debe presentarse obrigatoriamente por medios electrónicos a través da sede electrónica da Xunta de Galicia (art. 9.1 do Decreto 73/2020). A aplicación web ou ferramenta corporativa (visor de aproveitamentos) detecta automaticamente se a solicitude está afectada polo réxime de protección do patrimonio cultural. A problemática xorde na delimitación destas áreas afectadas e na permanente actualización en busca dunha certeza dos datos xeorreferenciados.

2 Delimitación de áreas afectadas polo patrimonio arqueolóxico

A lenda que acompaña o visor de aproveitamentos distingue entre elementos BIC, contorno de protección dos elementos BIC, xacementos catalogados, ámbito de protección de xacementos catalogados, xacementos censados e ámbito de xacementos censados, entre outros.

Pero realmente estamos ante contornos de protección?, e existen bens arqueolóxicos censados?

2.1 Os contornos de protección no visor de aproveitamentos

Como xa sinalamos, delimitáanse tres tipos de contornos: os relativos aos BIC, aos catalogados e aos censados. Coa excepción dos contornos para Bens de Interese Cultural de natureza arqueolóxica, e non están todos, procedeuse a delimitar os contornos a partir dun xeoide cun raio de 200 metros de diámetro a partir da delimitación exterior do ben arqueolóxico sen ter en conta, por exemplo, os contornos de protección definidos para cada ben nos instrumentos ou catálogos de planeamento urbanístico, dándose unha duplicidade de contornos non coincidentes, xerando inseguridade xurídica. Asemade, imposibilita que aqueles espazos suxeitos a autorización autonómica por prescrición das ordenanzas municipais queden nun escurecemento legal⁶, dado que a aplicación web non detecta esta particularidade, quedando sen tutela patrimonial aquelas parcelas afectadas por un contorno de protección no ámbito urbanístico e que queden fóra dese xeoide de 200 metros de diámetro, ou aquelas outras

⁶ Normalmente, as percepcións urbanísticas relativas a actuacións ou usos en ámbitos de protección de bens arqueolóxicos remiten á preceptiva autorización autonómica; se agora a aplicación web non permite detectar estes espazos (sobre todo aqueles que contan con ámbitos de protección específicos e adaptados á realidade de cada ben) e a solicitude só é posible realizala por medios electrónicos, impide que estes espazos queden suxeitos a tutela autonómica por interese do patrimonio cultural.

parcelas que carecían de protección legal, pero agora, por se atoparen dentro deses 200 metros, se ven suxeitas a unha nova tutela.

Dada a dualidade normativa de protección que afecta aos bens culturais, como son o planeamento urbanístico (e ordenación do territorio) e a propia normativa sectorial do patrimonio cultural⁷, entraría dentro do aceptable que nun determinado ámbito físico se poidan exercer varias competencias sobre un mesmo espazo e con análoga finalidade, aínda que con distinto fundamento, podendo coexistir títulos competenciales diversos e complementarios⁸.

Entón, poderíamos considerar que os contornos de protección de xacementos catalogados e censados que aparecen no visor se corresponden con contornos de protección subsidiarios? A Lei 5/2016, do 4 de maio, do patrimonio cultural de Galicia, recolle no seu artigo 38 a posibilidade, de xeito excepcional, de establecer un contorno de protección dun ben por remisión a franxas xenéricas con carácter subsidiario de 200 metros para bens integrantes do patrimonio arqueolóxico. Porén, non parece ser o caso, xa que a propia disposición fixa unha redución desta distancia a 50 metros cando se trate de solos urbanos ou de núcleo rural común, e esta redución non aparece recollida na información xeolocalizada no visor de aproveitamentos; polo tanto, debemos descartar que se trate de contornos subsidiarios.

Tampouco consta que se regulamentasen os criterios de delimitación tal como recolle o artigo 12.3 da LPCG, nin se instrúise ningún procedemento administrativo ao respecto, e, consecuentemente, se puidesen conculcar os dereitos das persoas interesadas ao impedir a presentación de alegacións ou achegar os documentos que considerasen oportunos, tal como establece o artigo 53 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas. Polo tanto, podemos considerar que os contornos que aparecen representados no visor de aproveitamentos son unha ficción sen amparo legal; trátase dun ámbito tutelar contrario a dereito e que, ademais de evadir a propia normativa do patrimonio cultural de Galicia e a de procedemento administrativo, está inzado de inseguridade xurídica.

2.2 A clasificación dos bens arqueolóxicos

Advertiamos máis arriba que dentro dos xacementos arqueolóxicos se diferencia unha categoría de xacementos censados; esta categoría debería estar en relación con aqueles bens incorporados ao Censo do Patrimonio Cultural a que se alude no artigo 14 da LPCG, que sinala que aqueles bens do patrimonio cultural de Galicia, mentres non fosen declarados ou catalogados, se incluírán no Censo do Patrimonio Cultural de Galicia. A incorporación ao censo prodúcese por resolución da dirección xeral competente en materia de patrimonio cultural, e o censo será obxecto de continua actualización e as súas incorporacións serán anunciadas no *Diario Oficial de Galicia*; non obstante, actualmente, só consta publicada unha resolución no *Diario Oficial de Galicia* pola que se inclúe no Censo do Patrimonio Cultural a técnica tradicional da

⁷ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, Lustel, Madrid, 2006, p. 104.

⁸ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 65.

construción da pedra en seco como manifestación do patrimonio cultural inmaterial⁹, e, en cambio, o número de bens censados que aparecen no visor pode roldar os 4.000.

Dado o incumprimento normativo que sinalamos, debemos considerar que os xacementos arqueolóxicos identificados como censados no visor carecen xuridicamente de tal clasificación¹⁰. Ademais, nalgún caso¹¹ perderon a categoría de bens catalogados sen que para iso se procedese de acordo cos procedementos de modificación ou de exclusión de bens do Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia conforme os mecanismos recollidos na LPCG.

Por outra banda, a incorporación de xacementos arqueolóxicos inéditos no visor unicamente os protexe no sector forestal, e máis concretamente nos procedementos vinculados aos aproveitamentos madeireiros, deixándoos desprovistos de protección para outros sectores. Non existe ningún acto constitutivo con suficientes garantías sobre os bens arqueolóxicos, incorporándoos baixo a esfera xurídica do patrimonio cultural de Galicia consonte os mecanismos recollidos na LPCG, e que, ademais, garante os dereitos das persoas interesadas no procedemento como titulares de parcelas que poidan verse afectadas pola inclusión destas nun novo réxime de protección como consecuencia do descubrimento de novos xacementos arqueolóxicos. Obviouse o trámite de información pública e audiencia aos interesados, imposibilitando a presentación de alegacións ou a achega de argumentos que considerasen oportunos, que permitisen modificacións ou rectificacións de erros materiais.

Unha última consideración, e que xa tratamos noutra ocasión¹², é a relativa a aqueles bens que por ministerio da lei teñen consideración de bens de interese cultural, pero que aparecen clasificados como bens catalogados, concretamente referímonos ás manifestacións de arte rupestre (art. 94.2 LPCG), creando unha subcategoría de bens con características propias de arte rupestre pero que xuridicamente se afastan da consideración de bens de interese cultural, dando lugar a unha *contradictio in terminis*.

2.3 Ubicuidade dos bens

Unha das consecuencias da xeolocalización de xacementos arqueolóxicos foi o desprazamento xeográfico de moitos bens. Tal como se argumentaba no proxecto de prospección arqueolóxica¹³ destinado a definir cada unha das 25 intervencións arqueolóxicas, moitas das entidades arqueolóxicas rexistráranse durante as décadas

⁹ DOG n. 186, do 29 de xullo de 2016, Resolución do 31 de agosto de 2016, da Dirección Xeral de Patrimonio Cultural, pola que se inclúe no Censo do Patrimonio Cultural a técnica tradicional da construción da pedra en seco como manifestación do patrimonio cultural inmaterial.

¹⁰ Deberíamos referirnos a preclasificación, dado que o artigo 8 da LPCG establece que os bens do patrimonio cultural poderán ser declarados de interese cultural ou catalogado, e os censados son aqueles que non fosen declarados ou catalogados (art. 14.1) atendendo á literalidade da norma, que indica que forman parte do censo os bens e manifestacións inmateriais do patrimonio cultural de Galicia mentres non fosen declarados de interese cultural ou catalogados.

¹¹ Só por citar un exemplo: Mámoea de Ventín 5 (GA15073045) no termo municipal de Ribeira (A Coruña).

¹² BARBEITO POSE, V.J. e BUSTELO ABUÍN, J., "Los entornos de protección en la Ley 5/2016 y en el Plan básico autonómico", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 60, 2021, p. 455.

¹³ Proxecto de prospección arqueolóxica para xeolocalizar e delimitar os xacementos arqueolóxicos que se coñecen na Comunidade Autónoma de Galicia. Acceso web: <https://www.contratosdeg Galicia.gal/licitacion?OP=50&N=283450&lang=gl> (1 de febreiro de 2021).

de 1980 e 1990 cunha tecnoloxía e cartografías que non son compatibles coas necesidades actuais.

A priori, e dadas as condicións establecidas, tanto o proxecto de intervención arqueolóxica como o prego de prescricións técnicas particulares fixaban a necesidade de utilizar un sistema de posicionamento global ou GPS de precisión submétrica. Polo tanto, a marxe de erro na localización (que non de delimitación) dos xacementos debería estar por debaixo do metro de erro.

Para realizar os traballos de xeolocalización, a Consellería de Cultura, Educación e Universidade adxudicou un total de 25 contratos a distintas empresas. Á fronte de cada un dos 25 contratos atopábase un director/a arqueólogo/a que foi autorizado pola Dirección Xeral de Patrimonio Cultural de acordo co proxecto de intervención arqueolóxica; os pregos de prescricións; o Decreto 199/1997, do 10 de xullo, que regula a actividade arqueolóxica na Comunidade Autónoma de Galicia; a propia LPCG, e o resto de normativa estritamente administrativa.

Os traballos desenvolvéronse baixo a coordinación e seguimento da Administración autonómica, sometidos a un control de calidade, tanto interno como externo, a validación dos resultados presentados polo servizo autonómico correspondente e posterior aboamento da contía acordada. Dada a sucesión de eventos descritos, podemos considerar que os resultados teñen un carácter cualificado.

De acordo co artigo 92.8 da Lei 7/2012, de montes de Galicia, ou a disposición adicional quinta do Decreto 73/2020, a información xeolocalizada dos espazos suxeitos a algún tipo réxime de protección son subministrados polos respectivos organismos competentes. Consecuentemente, debemos entender que a información dispoñible no visor de aproveitamentos é a proporcionada pola *consellería* competente en materia de patrimonio cultural. Chegados a este punto, xorde o seguinte tema que consideramos de gran transcendencia. A localización real dun número importante de bens, que non podemos valorar cuantitativamente, variou de xeito significativo, nalgún caso superior ao centenar de metros; non obstante, non se instruíu ningún procedemento para solucionar esta situación, o que podería derivar na exixencia de responsabilidades ás autoridades que, por imprudencia grave ante a súa inactividade, lles xerasen danos ao patrimonio cultural.

Mención á parte merece a cuestión da «certeza» aludida no Decreto 73/2020, referida aos espazos suxeitos a algún réxime de protección ou afectados por algunha lexislación de protección do dominio público, que estará en permanente actualización ata garantir a súa total, exacta e efectiva implementación, pero fuxiuse dos procedementos administrativos necesarios que garantan os dereitos dos administrados, o que deixa o campo proclive á contenda xudicial para resolver estas cuestións.

Ademais, cómpre ter en conta que o proxecto arqueolóxico que sostén as proxeccións para a xeolocalización dos bens sinala a necesidade de rexistrar unha porcentaxe determinada de elementos inéditos¹⁴ aos cales se protexe no ámbito dos

¹⁴ Non deixa de ser curioso que se fixe unha porcentaxe de novos xacementos a rexistrar. O que descoñecemos son os criterios fixados para determinar as ditas porcentaxes; e, ademais, implicitamente a Administración reconece a existencia destes sen que procedese ata a actualidade a resolver esta cuestión, ou ben se está incentivando ao rexistro de bens que puidesen carecer de suficientes valores para a súa conservación, iniciando (ou continuando) unha escalada inflacionaria de bens a protexer.

aproveitamentos forestais, pero carecen de xeito fidedigno dun acto constitutivo que recoñeza amplamente os seus valores e interese, e consecuentemente que queden baixo o paraugas normativo do patrimonio cultural. É dicir, un ben arqueolóxico inédito recollido no visor non ten garantida a súa protección para outras actividades como a urbanística; unicamente queda suxeito a unha protección residual derivada de mecanismos xurídicos como o achado casual ou, quizais, á suspensión de obras en bens do patrimonio cultural non catalogados ou declarados (disposición adicional undécima LPCG).

Non deixa de ser paradoxal que unha gran cantidade de actos administrativos que se están a ditar, e que someten a interesada ou interesado a unha tutela administrativa por existiren presuntamente valores arqueolóxicos, limitando, en consecuencia, o dereito de propiedade protexido constitucionalmente e lesionando os dereitos ou interese lexítimos nalgúns casos, teñen a súa orixe nunha localización que non se axusta á realidade. É dicir, están situados xuridicamente nun sitio e fisicamente noutro, e sen ter en conta o prexuízo que se lle pode estar a causar á conservación do patrimonio arqueolóxico.

2.4 A xeolocalización e o rexistro arqueolóxico

Non estamos en condicións de analizar o conxunto de datos arqueolóxicos recollidos no visor, polo que nos centraremos nunha pequena mostra que sirva de chamada de atención sobre a calidade e certeza dos datos arqueolóxicos dispoñibles. Seleccionáronse un total de 12 bens arqueolóxicos situados no termo municipal de Boiro, e cuxas dimensións espaciais son discretas (ocupan superficies inferiores aos 50 m²).

Os datos de localización proceden de documentos de traballo da Administración local de distinta natureza, que teñen una precisión próxima ao metro. Como medida de seguridade, estas coordenadas de comprobación foron verificadas mediante o uso de xeo-visores para comprobar as marxes de erro. A táboa recolle a denominación do ben, seguida de varios códigos intercalados co nivel de certeza, as coordenadas X e Y que figuran no visor de aproveitamento, e as obtidas con procedementos propios. A última columna recolle a distancia entre a localización do ben no visor e a localización comprobada.

BEN	IDE_COPRA	NIVEL_CERT	IDE_ARQUEO	ID_PBA	X (Visor app)	X (Visor app)	X (comprobación)	Y (comprobación)	DISTANCIA	
1	Pedra da Bouza	40033785	BAI	GA15011098	52832	510895.4085	4720300,067	510937,14	4720398,154	106,5945
2	Petróglifo de Monte Gorita	40029607	BAI	GA15011092	54229	510826,6399	4718000,809	510954,2057	4718229,067	261,4859
3	Petróglifo de Monte Furado 1	40017560	BAI	GA15011069	1369	511307,6824	4723716,024	511232,2054	4723375,795	159,2518
4	Petróglifo de Monte Furado 3	40024343	BAI	GA15011087	52830	511412,5192	4723353,667	511248,5201	4723350,721	256,3706
5	Petróglifo de Monte Furado 2	40017582	BAI	GA15011086	52829	511392,872	4723344,221	511223,177	4723602,351	308,9129
6	Mámoa de Porto Traveso 3	40017538	ALT	GA15011047	1401	505026,6922	4726994,145	504987	4726949	60,1125
7	Petróglifo de Río Barbanza 1	40017558	BAI	GA15011066	1416	504736,9896	4726380,856	504705,33	4726342,52	49,7192
8	Mámoa de Pedra da Xesta 4	40017543	MED	GA15011050	1386	505410,9748	4727420,433	505422	4727438	20,7406
9	Petróglifo de Braña de Prados	40017557	BAI	GA15011065	1398	505246,1499	4726558,162	505181,25	4726549,28	65,5048
10	Mámoa de Chans de Sabucedra 8	40017524	ALT	GA15011059	1411	505919,3284	4726593,764	505908	4726583	15,6268
11	Mámoa de Chans de Sabucedra 6	40017522	MED	GA15011041	1409	505936,1249	4726673,449	505943	4726625	48,9344
12	Mámoa de Chans de Sabucedra 4	40017520	ALT	GA15011039	1407	505942,6858	4726626,958	505919	4726595	39,7783
									Error medio	116,086

Como se pode observar, o erro medio ou desviación entre as coordenadas oficiais e as nosas coordenadas supera os 100 metros lineais, con desviacións máximas que superan os 300 metros e mínimas de algo máis de 15 metros. Pero, ademais, se atendemos ao código NIVEL_CERT, que é un indicador do grao de fiabilidade, podemos comprobar que un dos bens con nivel alto (ALT) presenta unha desviación de máis de 60 metros, o que xera as suficientes dúbidas para desconfiar dos protocolos de rexistro postos en marcha durante a xeolocalización.

Seguindo co grao de fiabilidade, chama a atención o nivel de éxito na localización de bens arqueolóxicos identificados nalgúns áreas atendendo aos datos dispoñibles no visor, tendo en conta o propio carácter oculto dunha parte substancial do patrimonio arqueolóxico e a robusta foresta que crece en Galicia, ambos os dous condicionantes difíciles ou imposibles de solucionar nalgúns casos. Detectáronse situacións curiosas como, por exemplo, un xacemento escavado a principios dos anos noventa por atoparse no medio do trazado dunha vía de alta capacidade, actividade financiada pola dirección xeral competente en materia de patrimonio cultural; non obstante, tras os traballos de xeolocalización, foi identificado xa non no trazado, senón nunha parcela estremeira.

O caso anterior non deixa de ser anecdótico, pero a partir deste xorde unha cuestión que non é menor, e que adoita afectar aos traballos cuxos obxectivos son a localización e delimitación de xacementos arqueolóxicos como, por exemplo, as prospeccións arqueolóxicas que se realizan como consecuencia do desenvolvemento de instrumentos de planeamento urbanístico. Non é inusual que as fichas dos catálogos incorporen bens arqueolóxicos dos cales nalgún momento se soubo da súa existencia pero que non foron localizados durante os traballos de prospección, e tampouco consta a súa destrución. Nalgúns casos, serve para clasificar solos de especial protección, ou mesmo se someten espazos a protección integral sen evidencia certa da existencia do ben que se quere protexer.

Esta situación, ao noso modo de ver, suscita un interesante debate, xa que os catálogos teñen unha dobre natureza: son instrumentos técnico-científicos e xurídicos¹⁵, e presentan implicacións nos dous ámbitos. Así, no ámbito xurídico, os actos que se ditan en aplicación do dereito do patrimonio cultural implican, polo xeral, unha restrición importante do dereito de propiedade, polo que, debido a un elemental principio de seguridade xurídica, se exige unha motivación suficiente e razoada que lle permita á persoa interesada coñecer cales son os valores que amparan a limitación dos seus dereitos¹⁶.

Entón, se non se confirma a existencia do xacemento arqueolóxico, poderíase considerar un deber antixurídico imposto pola Administración ao titular do predio onde presumiblemente estaba localizado cando non existe constancia fidedigna da súa existencia. A Administración ten os medios e a responsabilidade de constatar

¹⁵ FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M.F., "El registro de bienes inmuebles como actividad profesional: una aproximación teórica y una reflexión sobre la práctica. El caso asturiano", Alonso Ibáñez, M.R. (coord.), *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servizo de Publicacións da Universidade de Oviedo, Oviedo, 2004, p. 56.

¹⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, cit., p. 279.

de forma fidedigna a existencia dos bens arqueolóxicos e os seus valores, dado que son estes os que determinan que existe unha función social ou utilidade pública evidente e indiscutible que xustifican a limitación do dereito á propiedade consagrado constitucionalmente.

O legislador pode establecer límites ou cargas sempre que atenda ao destino normal do ben de forma proporcionada. É dicir, delimitase o contido do dereito sobre a propiedade atendendo á función social, mantendo a compatibilidade dos límites sociais co aproveitamento privativo dos bens, pero cando os límites establecidos non se adecúen ao fin ou este non exista, ou cando interfira na capacidade de dominar o contido do seu titular, entón serán supostos de privación do dereito de propiedade e, consecuentemente, indemnizables¹⁷.

A incorporación ao planeamento urbanístico de zonas con parcelas delimitadas polo seu interese arqueolóxico produce unha perda do valor económico destas e, de demostrarse a súa inexistencia, poderíase exixir responsabilidade patrimonial á Administración pola lesión sufrida nos seus bens e dereitos como consecuencia da aplicación de actos legislativos de natureza non expropiatoria de dereitos que non teñan o deber xurídico de soportar.

Seguindo este mesmo argumento, pero atendendo á propia normativa do patrimonio cultural de Galicia, na cal non existe unha figura de presunción, os xacementos ou zonas arqueolóxicas defínense como «o lugar en que existen evidencias de bens mobles ou inmobles susceptibles de seren estudados con metodoloxía arqueolóxica, de interese artístico, histórico, arquitectónico, arqueolóxico, paleontolóxico, sempre que estea relacionado coa historia humana, ou antropolóxico». Por iso, é crucial que se cumpran as premisas de “lugar” e “evidencias de bens materiais ou inmateriais”. Se non se cumpren as dúas premisas, non poderíamos considerar que o definido como xacemento ou zona arqueolóxica non localizada entre a formar parte do Patrimonio Cultural de Galicia.

Constatouse que numerosas “referencias” ou “topónimos”, que son entidades de rexistro usadas na práctica arqueolóxica, supoñen unha sobrerrepresentación de entidades arqueolóxicas como consecuencia dun problema de uso de datos herdados, procedentes das bases de datos existentes¹⁸. Moitas veces estas “referencias” fan alusión a noticias de achados antigos sen unha localización espacial definida e concreta. No caso dos topónimos, poden facer alusión a lugares con probabilidade (pero sen certeza) de conter evidencias de ocupación humana pasada¹⁹. Deixando á marxe as implicacións xurídicas, esta situación pon de manifesto unha inflación

¹⁷ BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2003, p. 39.

¹⁸ Algúns autores detectaron esta mesma problemática para a recompilación de datacións por carbono 14 no ámbito arqueolóxico (CONTRERAS, D. e MEADOW, J., “Estudios paleo demográficos basados en conjuntos de dataciones radiométricas. Una revisión crítica”, Barcelo, J.A. e Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, S.L., Madrid, 2020, p. 510).

¹⁹ GARCÍA SANJUAN, L., *Introducción al reconocimiento y análisis arqueológico del territorio*, Ariel, Barcelona, 2005.

do número de xacementos e zonas arqueolóxicas en Galicia e que podería roldar os 2.000 elementos²⁰.

Esta inflación incrementaríase coa incorporación de gravados, como son cruces de termo, ou elementos delimitadores de xurisdicións diversas (coutos, parroquias, deslindes de propiedades, etc.) que tuitivamente se afastan do considerado como manifestacións de arte rupestre de acordo co artigo 40.2 da Lei 16/1985, do Patrimonio Histórico Español, e artigo 94.2 da LPCG.

Outro dos condicionantes recollidos no proxecto de intervención arqueolóxica que definiu as 25 intervencións de prospección era o relativo á consulta de bibliografía sobre a zona de actuación e documentación administrativa. Pois ben, á parte do xacemento que fora escavado por estar afectado polo trazado dunha vía de alta capacidade e se localizou de novo, detectamos numerosas ausencias de xacementos (por exemplo, bisbarra da Barbanza) que figuran publicados, algúns desde a década de 1980, e outros máis recentes; do mesmo xeito que tamén foron obxecto de varios expedientes administrativos, ou que figuran incluídos nos catálogos dos plans urbanísticos, e que aínda existen e presentan notables valores arqueolóxicos, non foron incorporados e, consecuentemente, están desprotexidos de cara aos aproveitamentos forestais, dado que ao non estaren recollidos na aplicación non serán detectados no momento en que se instrúa o procedemento de autorización única²¹.

Outras disfuncións detectadas son cambios de denominación a determinados bens sen que exista motivo aparente, ou a suplantación de identidade duns bens por outros.

Malia que se intúe un esforzo (tímido) por realizar un rexistro arqueolóxico crítico e discriminar determinados elementos ou erros, non se conseguiu alcanzar ese obxectivo, nin patrimonial nin xuridicamente, de xeito satisfactorio. Atribuímos este esforzo ao cambio que sufriron determinados bens que aparecen no visor como censados; non obstante, e lonxe de ser elementos xuridicamente censados, como xa analizamos con anterioridade, non se obxectivizan os criterios seguidos para tal cambio, e só a confirmación de datos cientificamente demostrados que acrediten a perda de valores culturais permitiría operar a desprotección dun ben²².

Resulta obvio que nós só analizamos unha parte ínfima dos resultados da xeolocalización, e que, dado que traballaron 25 equipos en todo o territorio galego, os resultados non son homoxéneos e deben existir distintos graos de rigorosidade.

Debemos facer nosa a reflexión de ALONSO IBÁÑEZ²³ en relación coa catalogación: *«as causas polas que as continuas apelacións do lexislador á necesidade de catalogar e inventariar o patrimonio existente se incumpriron pavorosamente non poden ser*

²⁰ O proxecto de intervención arqueolóxica que deu soporte ao contrato de xeolocalización de xacementos arqueolóxicos estimaba en máis de 2.000 os topónimos e referencias. O proxecto está dispoñible na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia. Acceso web: <https://www.contratosdeg Galicia.gal/licitacion?OP=50&N=283450&lang=gl> (28 de novembro de 2020).

²¹ A autorización única integra os informes sectoriais, entre eles os arqueolóxicos, que incorporan as condicións a que debe someterse o aproveitamento.

²² SORO MATEO, B., "La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 41-42, 2013, p. 283.

²³ ALONSO IBÁÑEZ, M.R., "Los aspectos jurídicos de la actividad de catalogación protectora", Alonso Ibáñez, M.R. (coord.), *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servizo de Publicacións da Universidade de Oviedo, Oviedo, 2004, pp. 22-23.

atribuídas só á magnitude da tarefa, á dispersión dos elementos a protexer, ás negligencias da Administración chamada a asumir a súa elaboración, nin sequera á precariedade de medios económicos predispostos para tal fin. Todo iso sen dúbida que contribuíu ao resultado final, pero, no fondo, o problema deriva da falta dunha concepción xeral sobre a propia actividade administrativa de catalogación, o que se traduciu nunha permanente ausencia de normas específicas que atendan a este labor e permita configurar unha infraestrutura profesional e eficaz».

3 Conclusións

1. A información sobre xeolocalización de xacementos arqueolóxicos dispoñibles no Portal de aproveitamentos é un mero rexistro administrativo ou un instrumento accesorio e auxiliar de natureza meramente instrumental, pero sen soporte legal, sorteando os réximes de protección cultural e urbanística que afectan aos bens arqueolóxicos e cunha eficacia nas súas determinacións dubidosa, ao non se ter tramitado, aprobado e publicado conforme dereito. Podemos consideralo un ámbito tutelar sen soporte lexislativo que ampare a información que contén referida ao patrimonio arqueolóxico.

2. Os novos xacementos descubertos durante os traballos de prospección destinados á xeolocalización de xacementos arqueolóxicos non entraron a formar parte do ámbito dos bens integrantes do patrimonio cultural de Galicia que deban ser considerados e, consecuentemente, protexidos, salvo no eido forestal, dado que non se articulou un sistema ou mecanismo xurídico que protexa a nova situación dos bens para outros ámbitos ou sectores con incidencia sobre o territorio.

3. O tamaño da mostra analizada (unha ducia de exemplos de xacementos xeolocalizados) non é representativo cuantitativamente nin cualitativamente; non obstante, debe servir de advertencia sobre os problemas; entre eles, consideramos que a falta de fiabilidade e rigor na plasmación dos resultados son factores que cómpre ter en conta e que poderían determinar que o “visor de aproveitamentos” carecese da calidade suficiente; e, como consecuencia, a xestión que del se poida obter podería resultar deficitaria e con risco evidente de destrución do patrimonio arqueolóxico sen garantir a protección e conservación destes bens.

4. O conxunto de bens rexistrados neste portal presenta problemas metodolóxicos e deontolóxicos. É un caixón de xastre onde conflúen xacementos arqueolóxicos, topónimos, referencias, bens non localizados e bens destruídos que necesitan unha reflexión crítica para discriminar determinados elementos ou erros do rexistro, algúns dos cales están recollidos na documentación administrativa e bibliográfica que non se consultou, ou polo menos non coa suficiente profundidade, á vista dos datos.

5. Os resultados son froito dunha actuación arqueolóxica autorizada, programada, financiada e supervisada pola Administración competente en materia de patrimonio cultural, pero que foi unha mera cuestión de oportunidade auspiciada pola Administración forestal sen unha planificación eficaz pola Administración competente en materia de patrimonio cultural, e que supuxo un quebranto importante

de recursos públicos sen que a protección dos bens arqueolóxicos sexa plenamente satisfactoria. Debe exixírselle á Administración un compromiso real, máis alá da mera declaración de intencións, na protección dos xacementos arqueolóxicos, que presenta graves carencias demostradas e ineficacia.

Bibliografía

- ALONSO IBAÑEZ, M.R., “Los aspectos jurídicos de la actividad de catalogación protectora”, Alonso Ibañez, M.R. (coord.), *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servizo de Publicacións da Universidade de Oviedo, Oviedo, 2004.
- BARBEITO POSE, V.J. e BUSTELO ABUÍN, J., “Los entornos de protección en la Ley 5/2016 y en el Plan básico autonómico”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 60, 2021
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, Iustel, Madrid, 2006.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2003.
- CONTRERAS, D. e MEADOW, J., “Estudios paleo demográficos basados en conjuntos de dataciones radiométricas. Una revisión crítica”, Barcelo, J.A. e Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, S.L., Madrid, 2020.
- FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M.F., “El registro de bienes inmuebles como actividad profesional: una aproximación teórica y una reflexión sobre la práctica. El caso asturiano”, Alonso Ibañez, M.R. (coord.), *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servizo de Publicacións da Universidade de Oviedo, Oviedo, 2004.
- GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016.
- GARCÍA SANJUAN, L., *Introducción al reconocimiento y análisis arqueológico del territorio*, Ariel, Barcelona, 2005.
- SORO MATEO, B., “La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 41-42, 2013.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 177-194
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4794>
© Patricia Iglesias Rey
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 03/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Ideas forza en clave xurídica para a captación dos fondos europeos de recuperación: Next Generation EU

Ideas fuerza en clave jurídica para la captación de los fondos europeos de recuperación: Next Generation EU

Strong legal ideas for attracting European recovery funds: Next Generation EU

61 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

PATRICIA IGLESIAS REY
Letrada da Xunta de Galicia
Letrada maior do Consello de Contas de Galicia
patricia.iglesias.rey@xunta.es

Resumo: O Consello Europeo aprobou o 21 de xullo de 2020 a creación do programa Next Generation EU, o maior instrumento de estímulo económico xamais financiado pola Unión Europea, en resposta á crise sen precedentes causada polo coronavirus. Para poder acollerse ao Mecanismo de Recuperación e Resiliencia, os Estados membros deben presentar plans nacionais de recuperación e resiliencia en que se definan programas de actuación co obxectivo de intensificar o potencial de crecemento, a creación de emprego e a resiliencia económica e social, así como de acelerar as transicións ecolóxica e dixital. Os compromisos xurídicos dun programa completado por Next Generation EU contraeranse como moi tarde o 31 de decembro de 2023 e os pagamentos correspondentes faranse teñen como data límite o 31 de decembro de 2026. Existe, por conseguinte, un marco temporal relativamente curto durante o cal se poderá facer uso dos fondos. Os fondos europeos COVID son unha especie de "luz ao final do túnel" que nos permite manter certa esperanza no noso futuro como país.

Palabras clave: Fondos europeos de recuperación, fondos Next Generation EU, Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, mecanismos de control, transparencia e integridade, xestión preventiva

de riscos para detectar e evitar irregularidades, fraude, conflitos de intereses e dobre financiamento nos fondos europeos.

Resumen: El Consejo Europeo aprobó el 21 de julio de 2020 la creación del programa Next Generation EU, el mayor instrumento de estímulo económico jamás financiado por la Unión Europea, en respuesta a la crisis sin precedentes causada por el coronavirus. Para poder acogerse al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, los Estados miembros deben presentar planes nacionales de recuperación y resiliencia en los que se definan programas de actuación con el objetivo de intensificar el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica y social, así como de acelerar las transiciones ecológica y digital. Los compromisos jurídicos de un programa completado por Next Generation EU se contraerán a más tardar el 31 de diciembre de 2023 y los pagos correspondientes se harán como muy tarde el 31 de diciembre de 2026. Existe, por consiguiente, un marco temporal relativamente corto durante el cual se podrá hacer uso de los fondos. Los fondos europeos COVID son una especie de "*luz al final del túnel*" que nos permite mantener una cierta esperanza en nuestro futuro como país.

Palabras clave: Fondos europeos de recuperación, fondos Next Generation EU, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, mecanismos de control, transparencia e integridad, gestión preventiva de riesgos para detectar y evitar irregularidades, fraude, conflictos de intereses y doble financiación en los fondos europeos.

Abstract: On 21 July 2020, the European Council approved the creation of the Next Generation EU program, the largest instrument of economic stimulus ever to be financed by the European Union, in response to the unprecedented crisis caused by the coronavirus. In order to be eligible for the Recovery and Resilience Mechanism, Member States must present national recovery and resilience plans defining action programs aimed at enhancing the potential for growth, job creation and economic and social resilience, as well as accelerating the ecological and digital transitions. Legal commitments for a programme completed by Next Generation EU will be made no later than 31 December 2023. The relevant payments will be made no later than 31 December 2026. Therefore, the funds must be used during a relatively short timeframe. European COVID funds are a kind of "*light at the end of the tunnel*" that allows us to maintain some hope for our future as a country.

Key words: European recovery funds, Next Generation EU funds, Recovery, Transformation and Resilience Plan, control mechanisms, transparency and integrity, preventive risk management to detect and avoid irregularities, fraud, conflicts of interest and double financing in European funds.

SUMARIO: 1 Introducción: o por que e para que dos fondos europeos para a transformación, recuperación e resiliencia. 2 O *nomen iuris* dos diferentes mecanismos, instrumentos e fondos europeos para a recuperación. 3 Claves xurídicas do mecanismo europeo de recuperación e resiliencia. 4 Cales son as claves do Real Decreto-lei 36/2020 de medidas urxentes para a modernización da Administración pública e para a execución do Plan de Recuperación? 5 A Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia. 6 Críticas construtivas a xeito de conclusión.

1 Introducción: o por que e para que dos fondos europeos para a transformación, recuperación e resiliencia

O orzamento a longo prazo da UE, xunto coa iniciativa Next Generation EU, que é un instrumento temporal concibido para impulsar a recuperación, será o maior paquete de estímulo xamais financiado a través do orzamento da UE. Un total de 1,8 billóns de euros axudará a reconstruír a Europa posterior á COVID-19, que será máis ecolóxica, dixital e resiliente. O novo orzamento a longo prazo aumentará os mecanismos de

flexibilidade para garantir a súa capacidade de facer fronte a necesidades imprevistas. Trátase dun orzamento preparado non só para as realidades actuais, senón tamén para as incertezas do futuro.

O 10 de novembro de 2020, alcanzouse un primeiro acordo entre o Parlamento Europeo e os países da UE no Consello sobre o próximo orzamento da UE a longo prazo e Next Generation EU. Este acordo permitiu reforzar programas específicos con cargo ao orzamento a longo prazo para o período 2021-2027 por un total de 15.000 millóns de euros.

As prioridades da Comisión Europea pasan por investir en tecnoloxías limpas, transporte sustentable, dixitalización dos servizos públicos e a adaptación dos sistemas educativos, entre outras, animando a que se inclúan nestes plans investimentos e reformas para os seguintes ámbitos emblemáticos:

- **Activación.** Posta en marcha temperá de tecnoloxías limpas con perspectivas de futuro e aceleración do desenvolvemento e o uso de enerxías renovables.
- **Renovación.** Mellora da eficiencia enerxética dos edificios públicos e privados.
- **Carga e repostaxe.** Fomento de tecnoloxías limpas con perspectivas de futuro co fin de acelerar o uso dun transporte sustentable, accesible e intelixente, de estacións de carga e repostaxe, e a ampliación do transporte público.
- **Conexión.** Despregamento rápido de servizos de banda larga rápida en todas as rexións e fogares, incluídas as redes de fibra e 5 G.
- **Modernización.** Dixitalización da Administración e os servizos públicos, incluídos os sistemas xudicial e sanitario.
- **Ampliación.** Aumento das capacidades industriais europeas en materia de datos na nube e desenvolvemento de procesadores de máxima potencia, de última xeración e sustentables.
- **Reciclaxe e perfeccionamento profesionais.** Adaptación dos sistemas educativos en apoio das competencias dixitais e a educación e a formación profesional a todas as idades.

España ten por diante unha misión complicada. O reto máis importante da súa historia recente. É o primeiro país máis beneficiado polos fondos que vai pór Europa sobre a mesa para a reconstrución da crise provocada pola pandemia e a transformación da súa economía nos próximos seis anos. Un paquete de axudas de 200.000 millóns de euros que podería roldar o 3 % do PIB anual, onde se integran 140.000 millóns do fondo Next Generation EU, o máis potente. Con eles pretende investir 72.000 millóns de euros nos vindeiros tres exercicios (a través das subvencións do Mecanismo para a Recuperación e a Resiliencia e do programa REACT-EU, que se destinarán nun 37 % a investimento verde e nun 33 % á transformación dixital).

España non ten un bo desempeño na xestión dos fondos europeos, recoñece a propia Comisión Europea. A finais do ano pasado, certificara o 33 % das axudas e seleccionara o 72 % dos proxectos.

Neste contexto, aínda que é necesario reducir a burocracia na Administración e flexibilizar os mecanismos de control nos procedementos administrativos para

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

captar os fondos europeos¹, non é menos certo que esa flexibilización non pode ser un pretexto para suavizar a plena aplicación dos principios de transparencia e de integridade institucional no sector público, que sen dúbida coadxuvarán a implementar plans de xestión de riscos preventivos nas entidades públicas destinados a detectar irregularidades, fraude e conflitos de intereses na xestión dos fondos europeos COVID-19, como vén exixindo de forma indubidable Europa. Nesta nova época pospandemia tanto os órganos de xestión no primeiro nivel como os órganos de control interno (intervencións e asesorías xurídicas) no segundo nivel, así como os órganos de control externo (Tribunal de Contas e órganos autonómicos equivalentes) están chamados a xogar un papel nuclear e de colaboración mutua.

2 *O nomen iuris* dos diferentes mecanismos, instrumentos e fondos europeos para a recuperación

A pretensión destas notas é facer referencia ás datas máis relevantes no contexto comunitario durante o proceso de xestión dos fondos europeos de recuperación, así como delimitar o concepto xurídico e alcance de cada un dos instrumentos que conforman os fondos europeos para a recuperación, transformación e resiliencia.

O 23 de abril de 2020, o Consello Europeo referendou unha «*folla de ruta para a recuperación*» co fin de reparar as enormes perturbacións da economía e mitigar, por un lado, as consecuencias sociais e económicas na Unión derivadas das restricións excepcionais establecidas polos Estados membros para conter a propagación da COVID-19 e, por outro, o risco dunha recuperación asimétrica, suscitado polos distintos medios de que dispoñen os Estados membros a nivel nacional. Xa neste momento, a folla de ruta para a recuperación ten un forte compoñente de investimento e insta á creación do Fondo Europeo de Recuperación (FER).

Outra data histórica no ámbito político do Consello Europeo é o 21 de xullo de 2020, cando se encomenda á Comisión que analice as necesidades e faga o diagnóstico (xurídico e financeiro) co fin de orientar os recursos cara a eses sectores e partes xeográficas da Unión máis afectados, e aclara tamén o vínculo co marco financeiro plurianual (MFP) para o período 2021-2027², cuxo regulamento xa foi aprobado (Regulamento UE 2020/2094).

Desde entón, o Parlamento Europeo e o Consello, coa participación da Comisión Europea, mantiveron trece diálogos políticos trilaterais sobre o acordo co obxectivo de afinar os seus parámetros finais.

De acordo coas conclusións do Consello Europeo do 21 de xullo de 2020, os compromisos xurídicos dun programa completado por “Next Generation EU” contraeranse

¹ IGLESIAS REY, P., “El proyecto del Real Decreto-ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia, no puede suponer una merma de los mecanismos de control”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 27 de novembro de 2020. Acceso web: <http://www.obcp.es/opiniones> (maio de 2021).

² De conformidade co Regulamento (UE) 2020/2094 do Consello do 14 de decembro polo que se establece o Instrumento de Recuperación e Resiliencia, aprobado polo Regulamento (UE) 2020/2094 do Consello do 14 de decembro. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020R2094> (maio de 2021).

como moito o 31 de decembro de 2023 e os pagamentos correspondentes terán como data límite o 31 de decembro de 2026. Existe, por conseguinte, un marco temporal relativamente curto durante o cal se poderá facer uso dos fondos.

- Os Next Generation EU (NGUE) defínense como un instrumento temporal de recuperación dotado con 750.000 millóns de euros que contribuirá a reparar os danos económicos e sociais inmediatos causados pola pandemia de coronavirus. A Europa posterior á COVID-19 será máis ecolóxica, máis dixital, máis resiliente e mellor adaptada aos retos actuais e futuros.

Forma parte dos NGUE:

- O Mecanismo Europeo de Recuperación e Resiliencia (MRR) é o elemento central de Next Generation EU, con 672.500 millóns de euros en préstamos e subvencións dispoñibles para apoiar as reformas e investimentos emprendidos polos países da UE. O obxectivo é mitigar o impacto económico e social da pandemia de coronavirus e facer que as economías e sociedades europeas sexan máis sustentables e resilientes e estean mellor preparadas para os retos e as oportunidades das transicións ecolóxica e dixital.

Os Estados membros deberán ir traballando nos seus plans nacionais de recuperación e resiliencia para acceder aos fondos no marco do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia³. O Plan Nacional de Recuperación Transformación e Resiliencia foi aprobado no Consello de Ministros o 27 de abril de 2021 e enviado xa á Comisión Europea⁴.

- Por outra banda, forma parte dos NGUE a Axuda á Recuperación para a Cohesión e os Territorios de Europa, que se inxectarán a través dos fondos REACT-UE⁵. Trátase dunha nova iniciativa que continúa e amplía as medidas de resposta e reparación de crises aplicadas que se porán á disposición de forma adicional dos seguintes fondos:

- Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER).
- Fondo Social Europeo (FSE).
- Fondo de Axuda Europea para as Persoas Máis Desfavorecidas (FEAD).

Estes fondos adicionais REACT-UE chegaranse en 2021-2022 con cargo a Next Generation EU e en 2020, a través dunha revisión específica do actual marco financeiro.

³ O Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece o Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (MRR) foi publicado o 18 de febreiro de 2021 no *Diario Oficial da Unión Europea*. Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80170> (xuño de 2021).

⁴ Resolución do 29 de abril de 2021, da Subsecretaría, pola que se publica no BOE o Acordo do Consello de Ministros do 27 de abril de 2021, polo que aproba o Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia. Acceso web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-a-2021-7053 (xuño de 2021).

⁵ O Regulamento (UE) 2020/2221 do Parlamento Europeo e do Consello do 23 de decembro de 2020 polo que se modifica o Regulamento (UE) 1303/2013 no que respecta aos recursos adicionais e ás disposicións de execución co fin de prestar asistencia para favorecer a reparación da crise no contexto da pandemia de COVID-19 e as súas consecuencias sociais e para preparar unha recuperación verde, dixital e resiliente da economía (REACT-UE) foi publicado o 28 de decembro de 2020 no *Diario Oficial da Unión Europea*.

Os fondos REACT-UE inxectaranse directamente ás comunidades autónomas. A repartición dos fondos REACT-UE, desde a aprobación do Regulamento (UE) 2020/2221, o 23 de decembro de 2020, permite a España obter financiamento adicional por un importe de 12.400 millóns. Ata que se materialicen as axudas europeas, o Goberno adiantará liquidez ás comunidades autónomas e aos concellos dos fondos REACT-UE para que poñan en marcha os proxectos de recuperación canto antes. Os criterios contemplados para a asignación dos fondos REACT foron: a poboación, o produto interior bruto (PIB) per cápita e a taxa de paro media dos últimos cinco anos en comparación coa media da UE.

- Ademais do FER, o MFP e o MRR especificamente regulados para facer fronte á crise sanitaria, non podemos deixar de mencionar nestas notas a reprogramación dos Programas Operativos dos Fondos Estruturais “clásicos” (FEDER, FSE e o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rural), cun gasto adicional de 39.640 millóns.

A diferenza do Plan de Recuperación, os Fondos Estruturais son diñeiro que si ou si está garantido para España. É dicir, que entre os Fondos Estruturais tradicionais, e o complemento a estes que é o REACT, as comunidades autónomas xestionarán máis diñeiro en actividades tradicionais de Fondos Europeos que os 40.000 que de momento ten prometido o Goberno de España co Plan de Recuperación/MRR.

Fronte aos múltiples instrumentos e fondos COVID-19, recursos propios e impostos harmonizados, que se pretende acometer no ámbito comunitario, convén aclarar que o Estado español (como o resto dos Estados membros da UE), antes de recibir a parte deses fondos europeos que finalmente lle corresponda, tivo que elaborar un detallado e exixente Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia (PRTR) que contivese paquetes coherentes de reformas e iniciativas de investimento que se implementará ata 2026. O PRTR nacional foi enviado polo Goberno de España á CE o 27 de abril de 2021 e só contará co apoio MRR da UE, logo de avaliación por parte de Comisión Europea e aprobación polo Consello Europeo.

Polo tanto, é imprescindible a continuación esmiuzar a arquitectura xurídica e os requisitos para que os Estados membros, incluída España, poidan acceder ao MRR.

3 Claves xurídicas do mecanismo europeo de recuperación e resiliencia

Enmarcado dentro do que é o Instrumento de Recuperación e Resiliencia, aprobado polo Regulamento (UE) 2020/2094, do Consello, do 14 de decembro, onde se regulaban os coñecidos como fondos europeos Next Generation EU, o MRR marcará parte do futuro político, económico e social deste país, polo menos por uns anos, conxuntamente co resto de fondos NGEU e os “tradicionais” do Marco Financeiro Plurianual 21-27.

As claves xurídicas podémolas sintetizar nas seguintes:

1. A importancia dos piares

A lectura dos considerandos 10 a 16 do Regulamento (UE) 2020/2094, do Consello, do 14 de decembro, é de grande interese para comprender a importancia dos piares do MRR cos que necesariamente se deben alinear os proxectos e investimentos dos plans nacionais para a súa captación. O artigo 3 (ámbito de aplicación) sintetízalos do seguinte xeito:

- Transición ecolóxica.
- Transformación dixital.
- Crecemento intelixente, sustentable e integrador.
- Cohesión social e territorial.
- Saúde, e resiliencia económica, social e institucional.
- Políticas de próxima xeración (infancia, xuventude, educación e desenvolvemento de capacidades).

2. A avaliación e medición vai ser distinta que nos fondos europeos “tradicionalis”: cumprimento de obxectivos e fitos

A pretensión da UE é que o MRR sirva para alcanzar o obxectivo xeral de destinar o 30 por cento dos gastos do orzamento a apoiar obxectivos climáticos (a Axenda 2030 está presente nesta idea e na proxección estratéxica europea de alcanzar a neutralidade climática para 2050), así como outros obxectivos vinculados coa Axenda Dixital Europea.

a. As medidas de transición ecolóxica incluídas nos plans estatais de recuperación e resiliencia deberán representar un importe que supoña polo menos o 37 por cento da asignación total do citado plan.

b. Polo que corresponde á dixitalización, esa porcentaxe debe acadar polo menos o 20 por cento.

Polo tanto, como mínimo un 57 por cento dos investimentos previstos deberán dedicarse a eses dous piares. E iso marcará, sen dúbida, o propio PRTR, como tamén os proxectos que se pretendan impulsar.

Cómpre considerar que o cumprimento deses limiares mínimos se ten en conta na avaliación cuantitativa dos plans de recuperación e resiliencia do Estado membro que leva a cabo a Comisión (artigo 16) e no criterio de pertinencia establecido no artigo 19.3 en relación con esa mesma avaliación do plan. Segundo o artigo 3.4) do Regulamento, “os fitos constitúen logros cualitativos e os obxectivos constitúen logros cuantitativos”. Estas precisións son importantes para a elaboración do PRTR, pero tamén dos proxectos de investimento e así mesmo das reformas que se formulen, que deben vir acompañadas sempre dunha determinación de logros cualitativos e cuantitativos.

Pois ben, o MRR diferencia claramente o alcance do que son os fitos do que corresponde aos obxectivos. Así, di que os dous conceptos teñen en común “*ser medidas de progresión cara á consecución dunha reforma ou un investimento*”. Deste xeito, tanto reformas como proxectos de investimento deben recoller fitos e obxectivos.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3. O vehículo para captar os fondos do MRR son os plans nacionais de recuperación e resiliencia

O capítulo III do Regulamento do MRR regula os plans de recuperación e resiliencia (no caso de España, o PRTR xa enviado á Comisión o 28 de abril de 2021). Son a porta de acceso aos fondos MRR. Se non se franquea, non hai acceso aos recursos, e para iso deben aliñarse cos obxectivos do artigo 4. Deben incluír un programa de reformas e investimentos que debe conter “un conxunto de medidas coherente e exhaustivo”, podendo incluír programas públicos “destinados a incentivar o investimento privado” (véxase, así mesmo, o considerando 32).

Como máximo, o 31 de xullo de 2022, a Comisión elaborará un informe de avaliación e revisión sobre a aplicación do Mecanismo para cada Estado Membro.

O Plan de Recuperación será avaliado pola Comisión de acordo coa súa pertinencia, eficacia, eficiencia e coherencia, podendo ser a valoración positiva ou negativa. Se é positiva, a Comisión proporalle ao Consello a súa aprobación por decisión executiva.

En tal proposta determinaranse os fitos e obxectivos a cumprir nas reformas e proxectos. O prazo de execución non poderá ser superior ao 31 de agosto de 2026, momento en que se deberán ter alcanzado todos os fitos e obxectivos finais.

4. A aposta decidida do MRR pola prevención eficaz dos conflitos de intereses, a fraude e as irregularidades

Debemos ter presente sempre que os recursos financeiros deste MRR europeo proceden da mutualización de débeda dos países membros. E, polo tanto, trátase de garantir a protección dos intereses da Unión, de modo que os Estados membros, ao executaren o MRR, adoptarán todas as medidas axeitadas para protexer tales intereses e velar por que a utilización dos fondos se leve a cabo de acordo co dereito da Unión e o nacional do Estado membro, pero particularmente “no que se refire á prevención, detección e corrección da fraude, a corrupción e os conflitos de intereses”.

Dado o volume de recursos financeiros que se porá en circulación en moi pouco tempo, tal como advertiu o Ditame do Tribunal de Contas Europeo (TCUE) N. 6/2020 sobre a proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece un Mecanismo de Recuperación e Resiliencia⁶, incídese na necesidade de desenvolver e reforzar nos Estados membros medidas máis eficaces para loitar contra a fraude e poder previr os riscos como os conflitos de intereses ou dobre financiamento derivados da existencia de recursos adicionais tan importantes.

Nos considerandos do Regulamento (UE) 2021/24 do MRR hai chamadas expresas (e algunhas moi extensas) a previr e perseguir de forma efectiva a fraude fiscal, a corrupción e os conflitos de intereses. Por exemplo, o considerando 40 establece o “principio de boa xestión financeira”, facendo mención á necesidade de previr e corrixir tales riscos e malas prácticas. Tamén, dentro da valoración da eficiencia do Plan de Recuperación (artigo 19) se recolle expresamente que se terá en conta na avaliación que faga a Comisión se os Estados membros dispoñen de sistemas de

⁶ Ditame n. 6/2020 sobre a proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece un Mecanismo de Recuperación e Resiliencia. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818> (maio de 2021).

prevención, detección e corrección da corrupción, a fraude e os conflitos de intereses na utilización dos fondos.

En concreto, o artigo 22 do Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeo e do Consello do 12 de febreiro de 2021 establece o deber dos Estados membros, xa sexan beneficiarios, no caso de axudas directas, ou prestameiros, no caso de axudas reembolsables, de adoptar as medidas necesarias para garantir a correcta xestión dos fondos co obxectivo de previr, detectar e corrixir as posibles fraudes que poidan producirse na súa xestión.

4 Cales son as claves do Real Decreto-lei 36/2020 de medidas urxentes para a modernización da Administración pública e para a execución do Plan de Recuperación?

O Real Decreto-lei 36/2020 (RDL/36/2020) estrutúrase en 69 artigos, divididos en catro títulos; seis disposicións adicionais, unha disposición transitoria, unha disposición derogatoria e trece disposicións derradeiras. O RDL 36/2020 ten por obxecto:

- Establecer as disposicións que faciliten a programación, orzamentación, xestión e execución das actuacións financiadas cos fondos europeos procedentes do Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado polo Consello Europeo o pasado 21 de xullo de 2020; e
- Establecer un conxunto de medidas para a implementación dun Plan (nacional) de Recuperación, Transformación e Resiliencia que debe ser aprobado polo Consello de Ministros para a súa presentación ante a Comisión Europea.

As claves da reforma do RDL pódense sintetizar nos puntos seguintes:

1. Obxecto da norma e aplicación preferente aos fondos europeos

Os artigos 1 (obxecto) e 2 (ámbito de aplicación) requiren unha análise precisa, pero en síntese debemos ter en conta as seguintes reflexións:

O RDL aplicarase non só aos fondos NGEU, senón tamén ao resto de fondos europeos, aínda que non todo o articulado, o que obriga a ir continuamente a remisións entre artigos para coñecer que contido do RDL se aplica a todos os fondos europeos COVID-19, ao MRR (NGUE e REACT-UE) ou só ao Plan Nacional de Recuperación, Transformación e Resiliencia que executará os fondos:

a) O título I (disposicións xerais), o capítulo III (instrumentos de xestión pública) do título III (instrumentos de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia) e os capítulos II (especialidades na tramitación dos procedementos), III (especialidades en materia de contratación), IV (medidas de axilización dos convenios financiados con fondos europeos), V (medidas de axilización das subvencións financiadas con fondos europeos) e VI (especialidades en materia de avaliación ambiental) do título IV (especialidades de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resiliencia), así como o artigo 4.6, aplicaranse ás actuacións de calquera das entidades do sector público dirixidas á xestión e execución de proxectos e actuacións que sexan financiadas cos fondos europeos do Instrumento Europeo de Recuperación, Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural e Fondo Europeo Marítimo e de Pesca.

b) O capítulo II (estruturas de gobernanza) do título III (instrumentos de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia) e o capítulo VII (instrumentos de colaboración público-privada para a execución do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia da Economía Española) do título IV (especialidades de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia) aplicaranse ás actuacións de calquera das entidades do sector público en relación cos fondos do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia.

c) O capítulo I (Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia) do título III (instrumentos de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia) e o capítulo I (especialidades en materia de xestión e control orzamentario) do título IV (especialidades de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia) aplicaranse ás actuacións de calquera das entidades do sector público dirixidas á programación, orzamentación, xestión, execución e control de proxectos e actuacións que sexan financiadas cos fondos do Instrumento Europeo de Recuperación.

O contido RDL non é só de aplicación temporal para a execución dos fondos europeos, senón que é importante ter en conta que terá implicacións estruturais (título II) con carácter de permanencia, como son por exemplo: as modificacións da normativa básica da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRXSP), no referente aos convenios de colaboración; a modificación da Lei 9/2017, de contratos do sector público; ou a regulación da figura dos Proxectos Estratégicos para a Recuperación e Transformación Económica (PERTE), ou a planificación estratéxica.

A regra xeral é que o RDL será de aplicación, con carácter xeral, a todas as entidades que integran o sector público (nos termos definidos no artigo 2.1 da LRXSP, isto é: a) a Administración xeral do Estado; b) as administracións das comunidades autónomas; c) as entidades que integran a Administración local; e d) o sector público institucional.

O sector público institucional está integrado por:

a) Calquera organismo público e entidade de dereito público vinculado ou dependente das administracións públicas.

b) As entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas, que quedarán suxeitas ao disposto nas normas desta lei que especificamente se refiran a elas, en particular aos principios previstos no artigo 3, e, en todo caso, cando exerzan potestades administrativas; por exemplo, unha fundación pública que vai outorgar subvencións con cargo aos fondos europeos aplicará as especialidades do RDL o mesmo se tramita un convenio de colaboración ou licita como poder adxudicador para executar un proxecto con cargo a fondos europeos.

c) As universidades públicas, que se rexerán pola súa normativa específica e supletoriamente polas previsións desta lei.

2. Carácter básico si pero non todo o contido do RDL

A disposición derradeira primeira do RDL esgrime un conxunto de títulos competenciais como habilitadores da norma excepcional. Tamén detalla que capítulos, artigos, apartados de artigos ou disposicións adicionais, transitorias e derradeiras teñen o carácter de normas básicas. Serán as comunidades autónomas as que deberán proceder a regular un modelo de xestión de fondos europeos propio. Aínda así, a normativa básica aborda determinadas cuestións: colaboración público/privada; procedemento; contratación pública; subvencións; convenios de xestión de fondos.

3. Os Proxectos Estratéxicos para a Recuperación e Transformación Económica (PERTE)

O RDL opta por concentrar esforzos que xunten o liderado do público coa colaboración privada, e cuxo produto estrela son os PERTE. A súa declaración faina o Consello de Ministros, pero propóñena os departamentos, individual ou conxuntamente. Os criterios para cualificar un proxecto de estratéxico son abertos (“entre outros”), o que incrementa os xa de por si amplos espazos de discrecionalidade governamental.

- Un PERTE ten que ser multiplicador do crecemento económico e do emprego; debe combinar actores públicos con privados;
- É determinante a súa pegada innovadora;
- Debe permitir sumar non só varios actores públicos, senón especialmente pequena e mediana empresa, e debe ligarse cun ou varios obxectivos do Plan de Recuperación (mellor con varios, a transversalidade incrementa o seu valor).

E, ademais, deben ser proxectos *grandes*, tanto na mobilización de recursos e actores como de obxectivos, pois, aínda que un proxecto pode estar enmarcado nun único *obxectivo*, avógase por que os proxectos “micro” se insiran en proxectos macro PERTE.

4. Unha estrutura de gobernanza pública moi centralizada e con control governamental de todo o proceso

- O modelo de gobernanza descansa principalmente nunha Comisión de Recuperación, Transformación e Resiliencia con todos os ministros.
- Prevese unha comisión técnica de apoio, pero a batuta levaraa o denominado departamento de Asuntos Económicos e G20 do Gabinete da Presidencia do Goberno.
- Especialmente, unha Conferencia Sectorial do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, adscrita ao Ministerio de Facenda, que será o “gran repartidor territorial”. Limitase o papel das comunidades autónomas e bordea case por completo o papel dos gobernos locais.
- A autoridade responsable do control do Mecanismo para a Recuperación e Resiliencia será a Intervención Xeral da Administración do Estado (IXAE).

Optouse por un *control interno* e non por encargar a supervisión do control dos fondos por medio dunha autoridade independente (por exemplo, a AIREF). Isto poderá ter respostas desde a Unión Europea. O artigo 21 do RDL que finalmente se publicou

no BOE ten un maior alcance sobre as competencias que se lle atribúen á Intervención Xeral da Administración do Estado como autoridade de control de auditoría. A IXAE terá acceso a todos os sistemas de información tanto públicos como privados, aparece mencionado no citado artigo o Servizo Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA) con atribución de labores de prevención, detección e investigación de condutas fraudulentas e o compromiso de dotar a IXAE con máis medios materiais.

- Prevese a incorporación de externos de prestixio, autoridades ou comisións independentes.

No momento actual, polo sistema de gobernanza pública deseñada no articulado do RDL de medidas urxentes parece que o Goberno renunciou, aínda que pode que se deseñe nun futuro, a crear un organismo independente encargado especificamente de monitorizar a xestión dos fondos e optou por asignar esa función á Dirección Xeral de Asuntos Económicos do Gabinete da Presidencia do Goberno.

5. Simplificación e axilización dos procedementos administrativos vinculados á execución dos fondos COVID

Actúa nos eixes tractores da xestión pública.

- No procedemento administrativo común (PAC) refórzase a dixitalización e potenciación da Administración electrónica: todas as convocatorias derivadas da execución do plan se realizarán por sede electrónica; todos os procedementos vinculados á execución dos fondos serán urxentes; para lograr maior publicidade, poderase difundir toda a información con carácter previo ao impulso de procedementos de licitación en execución do plan.
- Contratación pública: modifícase a LCSP coa finalidade de redución dos prazos de tramitación (tramitación urxente de fondos COVID; elévase o limiar económico dos PAS e PASS; elabóranse pregos tipo PACP e PPT; revísanse autorizacións e informes; revísanse prazos de interposición de recurso especial e flexibilízase a contratación directa con medios propios; realízase unha programación anual de contratos para executar o plan e priorizarse a dixitalización e licitación electrónica).
- Subvencións públicas: simplifícase tanto a xestión interna (informes e autorizacións) como externa (elevación do limiar económico conta xustificativa simplificada, obrigas tributarias e Seguridade Social, compensacións en conceptos subvencionables). Regúlase como preferente o procedemento de concesión de concorrencia non competitiva.
- Convenios de colaboración financiados con fondos COVID: simplifícanse os trámites mediante a modificación da LRXSP (eliminación de trámites, reducindo prazos de informes preceptivos, ampliando a vixencia e permitindo anticipos).

6. Flexibilización na xestión dos recursos humanos (normativa non básica)

O RDL articula unha serie de medidas para o aproveitamento do talento para lograr a correcta execución dos fondos e adóptanse medidas na Administración xeral do

Estado (AXE) para fomentar a captación de persoal, a avaliación e o recoñecemento do traballo:

- Mecanismos de provisión en recursos humanos baseados nas unidades temporais para a execución do plan: terán carácter temporal, mediante a análise e distribución de cargas de traballo que vai conducir á reorganización e reasignación do persoal.
- Recóllese a atribución de funcións a tempo parcial.
- Introdúcense dous novos complementos retributivos: variable por consecución de obxectivos e variable por asignación de funcións adicionais a tempo parcial.
- No ámbito da AXE reforzaranse os medios persoais da IXAE e da Dirección Xeral de Fondos Comunitarios.

7. Planificación estratéxica e principios de boa xestión

Imponse a planificación estratéxica como ferramenta de apoio á implementación do plan, fixando as actuacións, proxectos, estimación de investimentos e gastos, indicación de obxectivos e actuacións, propostas de reorganización de efectivos necesarios, propostas normativas para os recursos humanos.

A norma completa un conxunto de principios de boa xestión que introduce normativamente a noción de boa Administración.

8. Flexibilidade dos controis económicos e orzamentarios

- En materia de xestión e execución orzamentaria.
- En materia de fiscalización e control: modúlase o exercicio da función interventora para os expedientes de execución do plan, despacho prioritario, redución de prazos, límite dos controis documentais aos estritamente necesarios.

9. Control, transparencia e rendición de contas

- Importante: mantéñense intactas as obrigas de transparencia e rendición de contas, que non establecen excepcións.
- Como un mecanismo específico de rendición de contas, no artigo 22 (contido que non se consideraba no proxecto aprobado no Consello de Ministros o 22 de decembro de 2020), prevese que o Goberno informará trimestralmente sobre os progresos e avances do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia ante a Comisión Mixta para a Unión Europea das Cortes Xerais.
- Crítica construtiva: bótase de menos implementar unha cultura preventiva de xestión de riscos para evitar irregularidades, fraudes e en última instancia eventuais corruptelas: sistemas de integridade, plans preventivos de xestión de riscos OCDE, Plan de Goberno Aberto (2020-2021) recentemente aprobado e unha regulación específica en materia de detección dos conflitos de intereses.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

10. Creación dun portelo único

Prevese a creación dun portal web único do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia (art. 36) como instrumento capaz de centralizar e canalizar a distribución de toda a información sobre este destinada aos distintos interesados e axentes relacionados co plan.

- Este portal serviría como “portelo único” do plan, facilitando as solicitudes e a tramitación dos procedementos aos interesados, como punto formal de relación coa Administración.

Ofrecerá un servizo de atención ás persoas ou entidades interesadas en participar nas convocatorias derivadas do instrumento de recuperación para Europa, servindo como *help desk* para os interesados no Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia.

11. Recuperación das axencias públicas

- Para o cumprimento dos principios e directrices de xestión coa finalidade de incorporar instrumentos de mellora dos servizos públicos a través de entidades que contan cun maior nivel de autonomía, flexibilidade na xestión, responsabilidade e control dos resultados, recupérase a figura das axencias estatais como organismo público (modifícase a LRSP por medio da Lei de orzamentos xerais do Estado).
- Así, no artigo 108 bis, ter e *quater*, polo que agora importa, “revívase”, con algúns matices, a regulación das axencias que foron derogadas a prazo pola LRXSP (hai máis de 15 anos).

5 A Lei 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa e de apoio á reactivación económica de Galicia

Dun xeito similar ao RDL 36/2020, a Lei galega 9/2021, do 25 de febreiro, de simplificación administrativa, ademais de regular sistemas de apoio administrativo á implantación de iniciativas empresariais e a axilización de procedementos administrativos, regula unhas especialidades en materia de xestión e execución dos fondos que se vaian financiar cos fondos europeos de recuperación (artigos 64 e seguintes) dos que destacamos as seguintes ideas forza:

1. Mecanismos de seguimento e control

Corresponderalles ás direccións xerais con competencias en materia de planificación e orzamentos e de fondos europeos a planificación, programación e xestión da execución dos fondos no marco das competencias da Administración xeral da comunidade autónoma, e asumirán a condición de autoridades responsables ante a Administración xeral do Estado e das institucións europeas.

A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma configúrase como o órgano de control dos fondos, sen prexuízo das funcións de auditoría nos controis que establezan a Administración xeral do Estado e as institucións europeas.

2. Tramitación de urxencia dos procedementos administrativos de execución de gastos con cargo aos fondos

Declárase a aplicación de tramitación de urxencia e de despacho prioritario, nos termos previstos en artigos 33 e 71, respectivamente, da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, dos procedementos administrativos que impliquen a execución de gastos con cargo a estes fondos. O órgano administrativo motivará esta circunstancia de urxencia no correspondente acordo de inicio, sen prexuízo do establecido no artigo 50 do Real Decreto-lei 36/2020, do 30 de decembro.

En ningún caso será obxecto de redución a duración dos prazos referidos á presentación de solicitudes e de recursos.

3. Tramitación anticipada dos procedementos administrativos de execución de gastos con cargo aos fondos

En caso de que se inicie no exercicio corrente a tramitación de expedientes de gasto, pero a súa execución orzamentaria non vaia ter lugar ata o exercicio seguinte ou outros exercicios posteriores, será posible a súa tramitación anticipada ao longo do dito exercicio, e poderá chegar ata a fase de formalización do compromiso de gasto no exercicio corrente.

4. Utilización de medios propios

Para a aplicación destes fondos, os poderes adxudicadores autonómicos e as entidades contratantes poderán organizarse para executar de xeito directo prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obra e concesión de servizos, a cambio dunha compensación tarifaria, valéndose dun medio propio, de acordo coa lexislación aplicable. Nestes casos é exixible a autorización do Consello da Xunta previa á subscripción dun encargo cando o seu importe supere os catro millóns de euros.

5. Convenios subscritos para a execución de proxectos con cargo aos fondos

Excepcionalmente, o prazo de vixencia destes convenios poderá ter unha duración superior á legalmente establecida, podendo chegar como máximo aos seis anos, coa posibilidade dunha prórroga de ata seis anos de duración. Esta excepción deberá ser xustificada motivadamente polo órgano competente, con especial mención a que esa extensión ou prórroga non limitará a competencia efectiva nos mercados.

Así mesmo, non lles será exixible a autorización do Consello da Xunta, agás cando impliquen a asunción de obrigas de contido económico por un importe superior a 300.000 euros.

6. Requisitos para a tramitación de subvencións financiáveis con cargo aos fondos

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Para a tramitación da aprobación das bases reguladoras e a convocatoria destas subvencións, previstas no artigo 14 da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia, e no artigo 18.2 do Decreto 11/2009, do 8 de xaneiro, polo que se aproba o seu regulamento, serán exixibles o informe dos servizos xurídicos correspondentes, o de Planificación e Fondos e o informe da Intervención Xeral, que, en todo caso, será emitido no prazo improrrogable de dez días naturais.

a) Elévase o limiar económico previsto no artigo 51.1 do Decreto 11/2009, do 8 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia, para a presentación dunha conta xustificativa simplificada por parte do beneficiario da subvención, e amplíase o dito importe ata os 100.000 euros.

b) Elévase ata os 10.000 euros o límite para acreditar o cumprimento das obrigas coa Administración pública da Comunidade Autónoma, coa Administración do Estado e coa Seguridade Social recollido no artigo 11, letra i), do Decreto 11/2009, do 8 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia.

c) Para os supostos en que as solicitudes deban vir acompañadas de memorias económicas, flexibilizaranse os compromisos plasmados nelas, no sentido de que se permitan compensacións entre os conceptos orzados, sempre que se dirixan a acadar o fin da subvención.

7. Especialidades en materia de xestión de persoal

Naquelas consellerías ou entidades dependentes delas onde se xestionen proxectos financiados con fondos dos instrumentos europeos de recuperación ou con outros fondos europeos, corresponderalles ás persoas titulares das secretarías xerais técnicas realizar unha análise da carga de traballo existente nas diferentes unidades co fin de poder reasignar efectivos, de acordo co establecido nesta lei, naquelas que, de xeito prioritario, teñan por finalidade xestionar os citados fondos.

A cobertura das necesidades de persoal para a xestión dos fondos realizarase prioritariamente con efectivos da propia consellería ou dos entes dependentes dela mediante unha reasignación temporal de funcións ou tarefas, sen prexuízo da posible utilización dos mecanismos previstos con carácter xeral na lexislación de emprego público. A persoa titular da secretaría xeral técnica da correspondente consellería impulsará coa máxima celeridade as accións indicadas que sexan necesarias para axilizar a absorción e execución dos fondos europeos.

O persoal adscrito aos grupos de traballo ou ás unidades de apoio temporal que xestionen os ditos fondos poderá, nos termos establecidos na lexislación orzamentaria e reguladora do emprego público, percibir complementos de produtividade ou gratificacións extraordinarias dentro dos límites derivados das consignacións orzamentarias.

Por razóns de eficacia e eficiencia, poderán constituírse unidades administrativas de carácter provisional mediante a modificación da correspondente relación de postos de traballo, para a xestión e execución dos proxectos financiados con fondos dos instrumentos europeos de recuperación ou outros fondos europeos.

6 Críticas construtivas a xeito de conclusión

1. É o momento de liderar desde o público, crear sinerxías e non funcionar como departamentos estancos, mesmo nun mesmo ministerio, consellería ou servizo. Fomentar sinerxías: hai que construír rede arredor de proxectos concretos. Débense crear grupos de traballo interadministrativos en que se parta de experiencias innovadoras, estar disposto a escoitar, aprender dos demais (aínda que nos pensemos mellores).

Crear equipos especializados no ámbito público e nos tres niveis (estatal, autonómico e local) e con experiencia previa en contratación pública, así como oficinas de xestión centralizada das convocatorias. E simplificar e eliminar duplicidades nos procedementos de xestión das axudas, pero con profesionalización dos empregados públicos, que “habelos hainos” e moitos, como se di na miña terra. Ante este número importante de solicitudes que se espera recibir, o documento recolle a posibilidade de ampliar o persoal público.

2. Agora máis que nunca, neste novo contexto de recuperación da situación de crise sanitaria, é o momento en que se debe fomentar a implementación de sistemas de integridade no sector público, no cal se inclúan plans de xestión preventiva de riscos que permitan identificar, avaliar e verificar medidas para previr condutas corruptas, fraudulentas ou erros evitables, para conseguir unhas administracións públicas abertas, transparentes e íntegras ao servizo do interese xeral. Neste contexto, non podemos esquecer en que país vivimos.

3. O RDL 36/2020 non é revolucionario. Non podemos seguir achegando PDF e cargando arquivos asinados electronicamente sen espremer os datos que conteñen. É o momento de dar un paso máis. Xa non se trata de innovar, é adoptar comportamentos asentados no mundo privado e en determinadas entidades públicas. Os deseños dos sistemas de xestión electrónica son a clave: todos interconectados, transferindo datos duns a outros. Demasiadas veces tropeizando na mesma pedra, sistemas parciais que responden a reinos de taifas máis que a unha estratexia ao unísono: os departamentos horizontais de control (xurídicos e intervención) deben ter uns sistemas electrónicos que conecten e habiliten para actuar os distintos sistemas de xestión e non ser illas en contornos informatizados: se informo favorablemente/fiscalizo no meu sistema de xestión, habilitarei o xestor electrónico de xestión (contractual ou de subvencións) a actuar; se non, non se lle permite. Intercambio de datos, non de documentos (iso xa o farán os sistemas).

4. Ademais do control preventivo, cómpre planificar coa máxima antelación posible e tendo en conta a capacidade administrativa das diferentes entidades públicas que van executar os fondos de entre os 8.000 organismos licitadores existentes.

5. Requírese un esforzo de coordinación importante. As axudas teñen que calar na economía de forma moi capilar e non só beneficiar as grandes empresas, senón tamén as pemes. Para optimizar as axudas, hai que incorporar a iniciativa privada e articular mecanismos para que haxa un efecto multiplicador do investimento.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

6. O papel nuclear que deben xogar os órganos de control interno e os organismos de control externo autonómicos (OCEX), tendo presente no seu control as técnicas e ferramentas preventivas de xestión do risco, que se poden complementar perfectamente coa función nuclear de fiscalización dos OCEX e que as dúas funcións poden retroalimentarse para mellorar. Certo é que todo cambio de paradigma custa na esfera pública, pero debemos ser receptivos cara a un xiro na cultura preventiva respecto ao control de riscos nos novos fondos europeos de recuperación.

Bibliografía

IGLESIAS REY, P., “El proyecto del Real decreto-ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, no puede suponer una merma de los mecanismos de control”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 27 de novembro de 2020. Acceso web: <http://www.obcp.es/opiniones> (maio de 2021).

Documentos:

- Ditame n. 6/2020 sobre a proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece un Mecanismo de Recuperación e Resiliencia. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818> (maio de 2021).
- Regulamento (UE) 2020/2094 do Consello do 14 de decembro polo que se establece o Instrumento de Recuperación e Resiliencia, aprobado polo Regulamento (UE) 2020/2094 do Consello do 14 de decembro. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020R2094> (maio de 2021).
- Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece o Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (MRR), publicado o 18 de febreiro de 2021 no *Diario Oficial da Unión Europea*. Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80170> (xuño de 2021).
- Resolución do 29 de abril de 2021, da Subsecretaría, pola que se publica no BOE o Acordo do Consello de Ministros do 27 de abril de 2021, polo que aproba o Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia. Acceso web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7053 (xuño de 2021).
- Regulamento (UE) 2020/2221 do Parlamento Europeo e do Consello do 23 de decembro de 2020 polo que se modifica o Regulamento (UE) 1303/2013, do 28 de decembro de 2020 no *Diario Oficial da Unión Europea*.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 195-204
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4785>
© Daniel Neira Barral

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 02/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os efectos da Directiva ECN+ no sistema de competencia español

Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español

The effects of the ENC+ Directive in the Spanish legal system

61 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

DANIEL NEIRA BARRAL

Vogal da Comisión Galega da Competencia
Profesor asociado de Dereito Internacional Público
Universidade de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0003-1609-9714>

daniel.neira@usc.es

Resumo: Tanto a propia Directiva ECN+ (arts. 2.1.1 e 2.1.2) obxecto de transposición como o Regulamento 1/2002 (arts. 35.1 e 35.2) prevén, de xeito claro, a posibilidade de que un Estado membro conte con máis dunha autoridade administrativa nacional de competencia. Esta é precisamente a situación de España, que conta constitucionalmente cun sistema administrativo descentralizado en materia de defensa e promoción da competencia.

Palabras clave: Directiva, ECN+, autoridade nacional de competencia (ANC), autoridade administrativa nacional de competencia (AAC), real decreto lei.

Resumen: Tanto la propia Directiva ECN+ (arts. 2.1.1 y 2.1.2) objeto de transposición como el Reglamento 1/2002 (arts. 35.1 y 35.2) contemplan, de manera clara, la posibilidad de que un Estado miembro cuente con más de una autoridad administrativa nacional de competencia. Esta es precisamente la situación de España, que cuenta constitucionalmente con un sistema administrativo descentralizado en materia de defensa y promoción de la competencia.

Palabras clave: Directiva, ECN+, autoridade nacional de competencia (ANC), autoridade administrativa nacional de competencia (AAC), real decreto ley.

Abstract: ENC+ Directive (arts. 2.1.1 and 2.1.2) and Regulation 1/2002 (arts. 35.1 and 35.2) clearly contemplate the possibility of a Member State having more than one authority administrative jurisdiction. This is precisely the situation in Spain, which constitutionally has a decentralized administrative system for the defense and promotion of competition.

Key words: Directive, ECN+, national competition authority (NCA), national administrative competition authority (NCAA), royal decree-law.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 A directiva ECN+. 3 A transposición da ECN+. 4 A reforma da LDC. 5 Conclusións.

1 Introducción

A Directiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2018 (Directiva ECN+), dítase encamiñada a dotar as autoridades de competencia dos Estados membros de medios para aplicar máis eficazmente as normas sobre competencia e garantir o correcto funcionamento do mercado interior¹, destacando que un dos principais obxectivos que se deben harmonizar é a asistencia mutua para garantir o bo funcionamento do mercado interior e o bo funcionamento do sistema de cooperación estreita dentro da rede europea de competencia, argumento que se tratará neste artigo de facer extensivo aos vínculos, desenvolvemento e recoñecemento dos distintos organismos autonómicos de defensa da competencia.

Resulta indiscutible, tal como reza o artigo 2² da Directiva ECN+, que por «autoridade nacional de competencia» (ANC) identificaremos aquela autoridade designada por un Estado membro de conformidade co artigo 35 do Regulamento (CE) n. 1/2003, como responsable da aplicación dos artigos 101 e 102 do TFUE, sendo no modelo español a Comisión Nacional de Mercados e da Competencia (CNMC), pero non obviando que o texto continúa habilitando os Estados membros a designar unha ou máis autoridades administrativas de competencia (autoridades administrativas nacionais de competencia –AAC–) para desempeñar todas ou algunhas das funcións da autoridade nacional de competencia.

Así, tanto a propia Directiva ECN+ (arts. 2.1.1 e 2.1.2) como o Regulamento 1/2003³ (arts. 35.1 e 35.2) contemplan, de xeito claro, a posibilidade de que un Estado membro

¹ Directiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2018, artigo 1.2. Esta directiva abrangue a aplicación dos artigos 101 e 102 do TFUE e a aplicación en paralelo do dereito nacional de competencia ao mesmo asunto. Na materia regulada polo artigo 31, apartados 3 e 4 desta directiva, abrangue tamén o dereito nacional de competencia aplicado de xeito independente. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=es>.

² Artigo 2.1. «autoridade nacional de competencia»: a autoridade designada por un Estado membro de conformidade co artigo 35 do Regulamento (CE) n. 1/2003 como responsable da aplicación dos artigos 101 e 102 do TFUE. Os Estados membros poderán designar unha ou máis autoridades administrativas de competencia (autoridades administrativas nacionais de competencia), así como autoridades xudiciais de competencia (autoridades xudiciais nacionais de competencia).

³ Regulamento (CE) 1/2003 do Consello do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos artigos 81 e 82 do tratado.

conte con máis dunha autoridade administrativa nacional de competencia e esta é, precisamente, a situación de España, que conta constitucionalmente cun sistema administrativo descentralizado en materia de defensa e promoción da competencia.

Debemos precisar xa que non nos atopamos ante a análise dun novo modelo, posto que, máis alá da política de competencia, esta mesma situación –isto é, contar con máis dunha autoridade administrativa para os efectos de aplicación da lexislación comunitaria– prodúcese noutros ámbitos do ordenamento xurídico, como poden ser, sen ánimo ningún de exhaustividade, en materia de consumo ou de protección de datos⁴. Por iso, a reforma da LDC⁵ debería mencionar e recoñecer as autoridades autonómicas de competencia (AAC) como “autoridades administrativas designadas para desempeñar todas ou algunhas das funcións da autoridade nacional de competencia” segundo o previsto no artigo 2.1.2 da Directiva ECN+, co obxecto de garantir un verdadeiro espazo común de aplicación da normativa de competencia na Unión que ofrezca unhas condicións de competencia máis equitativas ás empresas que operan no mercado interior e reduza a desigualdade de condicións dos consumidores, sendo necesario establecer, á vez, unhas garantías de independencia, uns recursos financeiros, humanos, técnicos e tecnolóxicos axeitados, así como unhas competencias mínimas de aplicación e imposición de multas ao aplicar os artigos 101 e 102 do TFUE, de modo que as autoridades administrativas nacionais de competencia poidan ser plenamente eficaces⁶.

2 A directiva ECN+

O principal obxecto e finalidade da Directiva ECN+ é garantir o bo funcionamento do mercado interior, obxectivo que se entenderá satisfeito coa implantación de normas relativas á asistencia mutua e bo funcionamento do sistema de cooperación por parte dos órganos de control, que deba ser estreita dentro da rede europea de competencia e que, por extensión, interpretamos que deba reproducirse a nivel interno naqueles Estados membros que dispoñan dunha ordenación institucional e orgánica descentralizada. Por iso e para iso, xa no seu artigo 2 se identifican, definen e habilitan dous instrumentos, a «autoridade nacional de competencia» á cal nos referiremos como ANC e a «autoridade administrativa nacional de competencia», referida como AAC⁷.

⁴ Neste sentido, a Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais, é clara no seu artigo 61 ao establecer:

«1. As autoridades autonómicas de protección de datos terán a condición de autoridade de control principal ou interesada no procedemento establecido polo artigo 60 do Regulamento (UE) 2016/679 cando se refira a un tratamento previsto no artigo 57 desta lei orgánica que levase a cabo un responsable ou encargado do tratamento dos previstos no artigo 56 do Regulamento (UE) 2016/679, salvo que desenvolvese significativamente tratamentos da mesma natureza no resto do territorio español.

2. Corresponderalles nestes casos ás autoridades autonómicas intervir nos procedementos establecidos no artigo 60 do Regulamento (UE) 2016/679, informando a Axencia Española de Protección de Datos sobre o seu desenvolvemento nos supostos en que deba aplicarse o mecanismo de coherencia». (Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>).

⁵ Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.

⁶ Conforme reza parte do Considerando 8 da Directiva ECN+.

⁷ Artigo 2. Definicións,

1. Para os efectos desta directiva, enténdese por:

O lexislador comunitario incide na necesidade de lograr unha independencia operativa das autoridades administrativas nacionais de competencia (AAC) reforzándose co fin de garantir a aplicación eficaz e uniforme dos artigos 101 e 102 do TFUE. Para iso, expón, debe disporse expresamente no dereito nacional que, ao aplicar os artigos 101 e 102 do TFUE, as autoridades administrativas nacionais de competencia estean protexidas de intervencións externas ou presións políticas que poidan comprometer a súa avaliación independente dos asuntos que lles fosen sometidos.

Para tal efecto, deben establecerse por exemplo, de antemán, no dereito nacional os motivos para a revogación por parte das autoridades administrativas nacionais de competencia daquelas persoas que toman decisións no exercicio das competencias definidas nos artigos 10, 11, 12, 13 e 16 da directiva, co fin de disipar calquera dúbida razoable respecto á súa imparcialidade e a súa impermeabilidade a factores externos. Do mesmo xeito, deben establecerse previamente no dereito nacional normas e procedementos claros e transparentes para a selección, a contratación ou o nomeamento desas persoas.

Así mesmo, co fin de asegurar a imparcialidade das autoridades administrativas nacionais de competencia, estas autoridades non deben utilizar as multas que impoñan por infraccións dos artigos 101 e 102 do TFUE para financiarse directamente, aínda que si se poderán prever distintas formas de financiamento, tales como fontes alternativas distintas do orzamento do Estado, para garantir que as autoridades administrativas nacionais de competencia contén cos recursos necesarios para o desempeño das súas funcións⁸.

Na comparecencia da presidenta da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia en relación coa análise das medidas necesarias para reforzar a imparcialidade e independencia de autoridades independentes e organismos de regulación ante a Comisión para a auditoría da calidade democrática, a loita contra a corrupción e as reformas institucionais e legais do Congreso dos Deputados do 3 de febreiro de 2021⁹, conclúese que “a Lei de creación da CNMC estableceu un réxime rigoroso en relación coa independencia da CNMC, excepto no que se refire á autonomía de xestión dos seus recursos humanos, estrutura organizativa e orzamento”. Con todo, “as previsións da LCNMC relativas á independencia institucional, legal e financeira alcanzan os niveis axeitados e cumpren coas exixencias das directivas comunitarias”; aínda así, “a CNMC necesita autonomía para organizar de forma coherente e efectiva o seu equipo humano, a súa estrutura e o seu orzamento (...) a CNMC funciona como unha unidade adscrita a calquera Ministerio (...) en definitiva, a plena autonomía dos organismos reguladores debe ser interna e externa, na forma e no fondo, tal como exixen as directivas comunitarias”.

1) «autoridade nacional de competencia»: a autoridade designada por un Estado membro de conformidade co artigo 35 do Regulamento (CE) 1/2003 como responsable da aplicación dos artigos 101 e 102 do TFUE. Os Estados membros poderán designar unha ou máis autoridades administrativas de competencia (autoridades administrativas nacionais de competencia),
2) «autoridade administrativa nacional de competencia»: a autoridade administrativa designada por un Estado membro para desempeñar todas ou algunhas das funcións da autoridade nacional de competencia.

⁸ Considerando 17 e 26 da Directiva ECN+.

⁹ Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Intervenciones%20p%C3%BAblicas/20210302_Comparancia_Congreso_Comisi%C3%B3n_Calidad%20Democr%C3%A1tica_web.pdf.

Así, falando de ECN+, no procedemento de transposición, os órganos estatais deben formularse de forma explícita e reflexiva a cuestión da distribución competencial entre o Estado e as comunidades autónomas (CC. AA.), de forma que ponderen o alcance das competencias estatais na materia sobre a que versa a directiva e a finalidade e obxecto desta.

España conta constitucionalmente cun sistema administrativo descentralizado en materia de defensa e promoción da competencia; por iso, a LDC debiera recoñecer as autoridades autonómicas de competencia como “autoridades administrativas designadas por un Estado membro para desempeñar todas ou algunhas das funcións da autoridade nacional de competencia”, segundo o previsto no artigo 2.1.2 da Directiva ECN+. Esta consideración de autoridade administrativa nacional de competencia, pola cal se desempeñan todas ou algunhas das funcións da Autoridade Nacional de Competencia, implica o necesario recoñecemento ás autoridades autonómicas da consecuente facultade de aplicación dos artigos 101 e 102 do TFUE.

En conexión co descrito, é de interese sinalar que as autoridades autonómicas gozan da inherente, que non recoñecida, facultade de aplicación dos artigos 101 e 102 do TFUE, como sucede, por exemplo, coas autoridades de competencia dos *länder* en Alemaña, onde teñen competencia para aplicar a normativa da Unión Europea cando a conduta limite os seus efectos á rexión, pero teña incidencia no mercado interior¹⁰.

A Lei 1/2002¹¹ supuxo a materialización da descentralización da política de competencia recoñecida polo Tribunal Constitucional e, posteriormente, recollida en moitas das reformas dos estatutos de autonomía¹². Así, á vista da doutrina xurisprudencial¹³, cabe afirmar que o desenvolvemento normativo do dereito europeo no Estado autonómico lle corresponde ao poder público materialmente competente para regular esa materia de acordo coas regras internas de repartición competencial.

Non se trata dunha facultade competencial (nin o Estado nin as CC. AA. posúen un título competencial específico para a aplicación interna do dereito europeo), senón que se trata dunha función derivada de e vinculada a un título competencial material. Polo tanto, a xeito de resumo, debe significarse que no desenvolvemento normativo do dereito europeo rexe o principio de non alteración da repartición competencial.

¹⁰ CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Una visión comparada de la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia en Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 30 (xaneiro-xuño), n. 31 (xullo-décembro), 2016, pp. 107-142.

¹¹ Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.

¹² As competencias das CC. AA. para aplicar a normativa de competencia son recoñecidas polas STC 208/1999, STC 31/2010 e STC 71/2012, así como polos propios estatutos de autonomía. Art. 58.1.5, art. 58.4.5 e art. 164 do EA para Andalucía; art. 71.24 e art. 77.17 do EA de Aragón; art. 154 do EA de Cataluña; art. 10.27 do EA do País Vasco, art. 30.4 EA de Galicia.

¹³ STC 79/1992, cuxo fundamento xurídico primeiro dispón que a translación da normativa comunitaria derivada ao dereito interno debe seguir necesariamente os criterios constitucionais e estatutarios de repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas.

A STC 236/1991 ditada en relación coa competencia en materia de pesos e medidas engadiu que: «as canles correspondentes (art. 95.1 CE) non resultan alteradas nin polo ingreso de España na Comunidade Europea nin pola promulgación de normas comunitarias», polo que «a execución do Dereito comunitario corresponde a quen materialmente teña a competencia, segundo as regras de dereito interno».

SSTC 76/1991, 236/1991, 79/1992, 146/1996, 33/2005 e 134/2011, “principio xeral da non alteración da orde interna de distribución de competencias”.

A STC 76/1991 estableceu que a aplicación do Dereito da Unión en materia de agricultura corresponde ao Estado ou ás CC. AA. segundo quen fose o titular da competencia afectada pola norma europea.

En consecuencia, a aplicación interna do dereito europeo corresponde a quen «materialmente», ou «naturalmente», teña a competencia segundo as regras de dereito interno; por iso, ás CC. AA. corresponderalles a aplicación de normas europeas, en canto titulares de competencias, en atención ao grao de intervención que resulte dos respectivos estatutos para esas materias competenciais¹⁴, levándonos á conclusión de que, se isto é así, as autoridades autonómicas de competencia non só teñen independencia na súa actuación, senón que deberían ser consideradas na axeitada dotación de recursos para a transposición material, por exemplo, do capítulo III de Directiva ECN+.

3 A transposición da ECN+

Mediante o Real Decreto-lei 7/2021¹⁵, concretamente no seu título I, que comprende os artigos primeiro e segundo, contéñense as modificacións derivadas da transposición da Directiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2018, encamiñada a dotar as autoridades de competencia dos Estados membros de medios para aplicar máis eficazmente as normas sobre competencia e garantir o correcto funcionamento do mercado interior (Directiva ECN+).

Desde un prisma meramente formal e de técnica xurídica, destaca inicialmente a xustificación do instrumento xurídico utilizado, referenciando ao Tribunal Constitucional fronte á situación de extraordinaria e urxente necesidade que exige, como presuposto habilitante, artigo 86.1 da Constitución española, que se poida deducir «dunha pluralidade de elementos», entre eles, «os que quedan reflectidos na exposición de motivos da norma» (STC 6/1983, do 4 de febreiro).

Na situación de extraordinaria e urxente necesidade, que habilita o emprego do real decreto-lei, as medidas contidas nel deben ter unha relación directa ou de congruencia co extraordinario e urxente. Así, para a concorrencia da extraordinaria e urxente necesidade, a STC 61/2018, do 7 de xuño (FX 4), exige, por unha banda, «a presentación explícita e razoada dos motivos que foron tidos en conta polo Goberno para a súa aprobación», é dicir, o que veu denominarse a situación de urxencia; e, por outro, «a existencia dunha necesaria conexión entre a situación de urxencia definida e a medida concreta adoptada para axudar a esta».

Sendo isto así, resáltase, na mesma exposición, que “o prazo de transposición da Directiva ECN+ venceu o pasado 4 de febreiro de 2021 e que se recibiu carta de emprazamento da Comisión datada o pasado 18 de marzo para a súa contestación no prazo de dous meses, existindo un procedemento de infracción aberto”, o que invita a pensar e deducir que a posibilidade de que a concorrencia do presuposto da extraordinaria e urxente necesidade para a aprobación do Real Decreto-lei 7/2021

¹⁴ ESPEJO CAMPOS, A., “La transposición del derecho de la Unión Europea por las comunidades autónomas”, *Anales de la Facultad de Derecho*, n. 29, 2012, pp. 139-160.

¹⁵ Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores. Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6872>.

se basea no argumentario da necesaria adecuación á Directiva ECN+ do sistema de defensa da competencia español, encabezado pola Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) como ANC –sen prexuízo das facultades dos organismos de competencia autonómicos (AAC)–, facendo necesario modificar a Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, para garantir a plena adecuación ás previsións do dereito europeo e realizar algunha modificación puntual na Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia. Ou se, pola contra, a extraordinaria e urxente necesidade da aprobación do Real Decreto-lei 7/2021 vén derivada e xustificada ante un inminente risco de multa con base no establecido no artigo 260.3 do TFUE, ao se teren recibido as correspondentes cartas de citación e existir un procedemento de infracción aberto pola Comisión, evitando así as consecuencias de seguir acumulando atraso na incorporación ao ordenamento xurídico español de tales directivas, resultando necesario acudir á aprobación dun real decreto-lei para proceder a esa transposición, o que permitirá pechar (en falso) os procedementos de infracción abertos pola Comisión Europea¹⁶ por non acometer as reformas que dimanan da Directiva 2019/1 (ECN+).

Aínda que formalmente puidesen existir certas dúbidas sobre a xustificación da extraordinaria e urxente necesidade, co evidente risco de que a xustificación que o real decreto-lei analizado ofrece sobre a urxencia que o promoveu sexa admisible¹⁷, en canto ao contido do citado instrumento, e despois do argumentado en apartados anteriores, a referencia á realidade autonómica soluciónase vagamente e cunha mera mención asociada á idea de que, dentro do sistema de defensa da competencia español, lle corresponde á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) como ANC¹⁸ o papel de garante da competencia nos mercados no ámbito nacional, “sen prexuízo das facultades dos organismos de competencia autonómicos”.

4 A reforma da LDC

Con Resolución do 13 de maio de 2021, do Congreso dos Deputados, ordénase a publicación do Acordo de validación do Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores (BOE do 19 de maio de 2021)¹⁹.

¹⁶ Asunto C-658/19 Comisión/España. Condénase a España a pagar unha suma a tanto alzado de 15.000.000 de euros e unha multa coercitiva diaria de 89.000 euros por non traspor aínda unha directiva nin comunicar as medidas de transposición desta. Trátase da Directiva de protección de datos persoais no marco da prevención e detección de infraccións penais. Acceso web: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-02/cp210022es.pdf>.

¹⁷ STC 6/1983 FX5, STC11/2002 FX4, STC137/2003 FX3 ou STC189/2005 FX3.

¹⁸ Utilízanse as siglas ANC para identificar a CNMC, obviando referenciar, por exemplo, os órganos autonómicos, como AAC, tal como define a directiva.

¹⁹ Acceso web: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/19/pdfs/BOE-A-2021-8265.pdf>.

Nela consta a mención á necesidade dunha transposición parcial da directiva coñecida como ECN+ no ámbito da defensa da competencia, (...) *unha directiva cuxo obxectivo é proporcionarlles aos Estados membros os medios necesarios para reforzar a aplicación efectiva das normas sobre competencia e garantir o correcto funcionamento do mercado interior. Así, establécense novos instrumentos para impulsar a asistencia entre a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia e as autoridades dos Estados membros, concrépanse os deberes de información e colaboración e as facultades de inspección das autoridades de competencia, tamén se incrementan determinadas sancións, dáse a posibilidade á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia de rexeitar denuncias sobre a base de criterios de priorización e créanse maiores incentivos para a utilización do Programa de Clemencia (...) sen mención á posibilidade de recoñecer e fortalecer a situación dos organismos autonómicos (AAC) coas competencias descritas anteriormente, encamiñanos á espera e desexo de que na súa tramitación como proxecto de lei poidan ser emendadas certas partes deste decreto (no relativo á Directiva ECN+), xa que, se se remarca a necesidade de fortalecer a relación entre ANC (CNMC) e as autoridades homólogas dos Estados membros, con máis necesidade resultaría facelo a nivel interno.*

5 Conclusións

O Regulamento 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos artigos 81 e 82 do tratado prevía expresamente no seu artigo 35 a posibilidade de designar distintas autoridades nacionais de competencia dentro dun Estado membro²⁰.

A posibilidade de que os Estados membros designen máis dunha autoridade de competencia para a aplicación dos artigos 101 e 102 TFUE tamén foi recollida pola máis recente Directiva ECN+ (2019/1) no seu artigo 2.

A validación do Real Decreto-lei 7/2021 como proxecto de lei que guíe a modificación da actual Lei de defensa da competencia (LDC)²¹ debería moldear o sistema descentralizado de autoridades administrativas de competencia existente en España, de forma que ao longo dos seus preceptos se referenciase ao sistema español de defensa da competencia, no seu conxunto, salvo naqueles supostos puntuais en que a mención deba ser específica á CNMC ou ás autoridades autonómicas de competencia; para iso, resultaría útil, xa nos seus primeiros articulados, a definición e alcance subxectivo da lei tanto da ANC como a AAC conforme a directiva 2019/1, levando isto a un recoñecemento das autoridades autonómicas da facultade de aplicación dos artigos 101 e 102 do TFUE, como *de facto* se fai.

O recoñecemento por parte da futura LDC do ámbito e alcance nas actuacións das autoridades autonómicas de competencia condicionado á estreita colaboración coa ANC

²⁰ "Designación das autoridades de competencia dos Estados membros.

1. Os Estados membros designarán a autoridade ou autoridades de competencia competentes para aplicar os artigos 81 e 82 do Tratado de tal forma que poidan velar polo cumprimento efectivo do disposto neste regulamento".

²¹ Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.

(CNMC) adecuando o órgano e os mecanismos de coordinación (como, por exemplo, incorporar a condición de interesado da AAC en expedientes levados pola CNMC que afecten de xeito significativo ao ámbito territorial desas AAC), así como os puntos de conexión e contemplar mecanismos que eviten duplicidades reduciría o uso ineficiente de recursos públicos e reforzaría non só a independencia dos instrumentos de defensa da competencia a nivel interno (ANC-AAC), senón tamén o seu argumentario en relación coa necesaria dotación dos recursos para o cumprimento dos seus fins, pois só así se podería entender axeitadamente trasposta a Directiva ECN+.

Así, a futura LDC debería recoñecer de forma expresa e clara a necesidade de garantir a independencia das autoridades autonómicas de competencia reforzando os instrumentos e medios á súa disposición, declarando na LDC que as AAC gozarán na súa actuación de “plena independencia e da axeitada dotación de recursos para cumprir as súas funcións”, cumprindo dese xeito cos obxectivos que persegue a Directiva ECN+. Tamén incluír un artigo no que se indique, de xeito similar ao disposto na lexislación alemá, que “o Sistema Español de Defensa da Competencia está constituído pola CNMC e polas AAC”.

Resultaría de interese integrar o contido da Lei 1/2002 de coordinación de competencias na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, para regular nun só texto lexislativo as disposicións estatais aplicables ao Sistema Español de Defensa da Competencia.

Nas relacións entre a CNMC e as AAC deberíase aplicar o principio de “Autoridade mellor situada”, que consagra o Regulamento (CE) n. 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos artigos 81 e 82 do tratado (101 e 102).

De igual forma, resultaría relevante incluír a condición de interesado das AAC nos expedientes levados pola CNMC que afecten de xeito significativo ao ámbito territorial desas AAC.

En consecuencia, tal e como se recolle nos considerandos da propia Directiva ECN+, ben se podería tomar a literalidade do texto descrito a continuación cando se reflexione sobre estas necesidades para coas institucións e organismos de control autonómicos e, así, a directiva comunitaria reza que “a aplicación desigual dos artigos 101 ou 102 do TFUE, xa sexa de xeito independente ou en paralelo co Dereito nacional da competencia, se traduce na perda de oportunidades para eliminar as barreiras á entrada ao mercado e crear mercados competitivos máis abertos e xustos en todo o territorio da Unión nos cales as empresas compitan sobre a base dos seus méritos. (...)”

A aplicación ineficaz que resulta diso falsea a competencia para as empresas que respectan a lei e mina a confianza dos consumidores no mercado interior, en particular no contorno dixital”.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Bibliografía

- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el estado autonómico*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013.
- CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Una visión comparada de la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia en Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 30 (xaneiro-xuño), n. 31 (xullo-décembro), 2016.
- ESPEJO CAMPOS, A., “La transposición del derecho de la Unión Europea por las comunidades autónomas”, *Anales de la Facultad de Derecho*, n. 29, 2012.
- MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MANGAS MARTÍN, A., “La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas”, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas. Seminario celebrado en Barcelona el 9 de mayo de 1990*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1990.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 205-237
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4806>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 21/06/2021 | Aceptado: 22/06/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

61 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Municipios de gran poboación: a potestade regulamentaria correspóndelle exclusivamente ao pleno da corporación. 1.2 Conflito de competencias entre concellos e Administración autonómica sobre actuacións no contorno non delimitado de edificios catalogados. Límites da discrecionalidade técnica administrativa. 1.3 Probas de acceso á condición de funcionario de carreira na Administración local. Debe primar o sistema de "oposición libre" sobre o de "concurso-oposición". Impugnabilidade indirecta das bases do procedemento selectivo. 1.4 Cesamento de persoal funcionario interino tras longo período de servizo na Administración local. Improcedencia de aplicarlle a figura laboral do "indefinido non fixo". Non cabe indemnización. 1.5 Ordenanzas fiscais municipais. Taxa de recollida de residuos sólidos urbanos. Insuficiencia da memoria económica. Limitacións de impugnación indirecta. 2 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19). 2.1 Ratificación xudicial de medidas sanitarias restritivas de dereitos fundamentais. 2.2 Instrución do Servizo Galego de Saúde sobre reprogramación funcional preventiva da actividade asistencial pola pandemia de coronavirus. 2.3 Medidas de prevención necesarias para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19, unha vez superada a fase III do Plan para a transición cara a unha nova

normalidade. 3 Estranxeiría. 3.1 Inmigrante en situación irregular. A sanción de expulsión do territorio español require acreditar circunstancias agravantes. Efecto directo vertical inverso da Directiva 2008/115/CE de retorno. 4 Medio ambiente e urbanismo. 4.1 Planeamento urbanístico. Anulación por omisión de avaliación ambiental estratéxica. Emendabilidade do defecto en fase de execución de sentenza. 4.2 Xestión urbanística. Expropiación de predios non incorporados á xunta de compensación. Responsabilidade subsidiaria do concello no aboamento dos xustos prezos ante a falta de pagamento da beneficiaria da expropiación. 4.3 Licenza de obras. Impugnación en exercicio da acción pública urbanística. Limitación de prazo. Principios de equidade e boa fe. 4.4 Disciplina urbanística. A APLU non pode ordenar directamente a demolición dunha edificación amparada en licenza urbanística municipal en vigor. Antes debe conseguir a súa anulación ou declaración de nulidade. 5 Persoal. 5.1 Carreira profesional do persoal interino. 5.2 Persoal sanitario temporal. Nomeamento fraudulento para praza estrutural. 5.3 Acceso por sindicatos a documentación e información do departamento de persoal da Administración. Protección de datos. 5.4 Complementos de produtividade fixos e regulares. Desnaturalización. Equivalen realmente a complemento específico, polo que deben aboarse en períodos de vacacións e permisos. 6 Tributos. 6.1 Xestión do imposto sobre o valor engadido. Autonomía financeira das comunidades autónomas. 6.2 Imposto de sucesións e doazóns. Valoración do ben transmitido. Doutrina do “dobre tiro”. 6.3 Indevida inclusión do canon da auga na base imponible do imposto do valor engadido. 7 Universidades. 7.1 Recoñecemento de sexenios. Silencio administrativo negativo.

1 Administración local

1.1 Municipios de gran poboación: a potestade regulamentaria correspóndelle exclusivamente ao pleno da corporación

A Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 25 de xaneiro de 2021 (rec. 2793/2019, relator: Requero Ibáñez), conclúe:

«que, en los municipios de gran población, el Pleno configurado como órgano de máxima representación política, debate y control, pero también como órgano administrativo, que ejerce la potestad reglamentaria sobre todas las materias, puede regular aquellas cuyo ejercicio es competencia de los órganos ejecutivos, administrativos o de gobierno, en particular la Junta de Gobierno Local».

A sentenza ratifica a declaración de nulidade, por falta de competencia, do acordo da Xunta de Goberno Local do Concello de Lugo que aprobou a modificación de varios preceptos do “Regulamento interno de persoal funcionario” sobre o valor e límites das horas extraordinarias, coas seguintes consideracións:

«(...) 1. En el régimen de los municipios de gran población el Pleno municipal se configura “como un verdadero órgano de debate de las grandes políticas locales que afectan al municipio y de adopción de las decisiones estratégicas” (Exposición de Motivos de la Ley 57/2003, IV, párrafo quinto) y “órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno municipal” (artículo 122.1 de la LRBRL en relación con el artículo 3.2 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985). Se acerca así a un modelo parlamentarizado.

2. Esta caracterización lo singulariza respecto de los órganos ejecutivos o “ejecutivo local” –Alcalde, la Junta de Gobierno Local y los órganos directivos– [cf. sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, Fundamento Jurídico 5.h) párrafo tercero].
3. Señala el Fundamento Jurídico antes citado de la sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, que la reforma que efectuó la Ley 57/2003 responde a la exigencia de dotar a los municipios de gran población de “ejecutivos con gran capacidad de gestión para actuar rápida y eficazmente” según su Exposición de Motivos, de ahí que la Junta de Gobierno Local asuma “la mayoría de las competencias de ejecución que antes correspondían al Pleno [lo que se agrava con] la complejidad de la gestión administrativa en los municipios de gran población”.
4. La Junta de Gobierno Local colabora en la función de dirección política que corresponde al Alcalde, que lo preside, y “ejerce las funciones ejecutivas y administrativas que se señalan en el artículo 127” [artículo 126.1 en relación con el artículo 124.4.b) ambos de la LRBRL]. Según la Exposición de Motivos de la Ley 57/2003 el cambio de denominación de “Comisión de Gobierno” a “Junta de Gobierno Local” busca “destacar la naturaleza ejecutiva de dicho órgano” (cf. III, párrafo quinto).
5. No obstante lo dicho siempre se está ante una administración territorial y pese al apoderamiento y configuración de ese “ejecutivo fuerte”, el Pleno sigue siendo un órgano de tal administración y, además, el más relevante. Tales órganos ejecutivos responden ante el Pleno como órgano de máxima representación, de manera que respecto del “ejecutivo local” ejerce competencias de especial relevancia política como son las de control y fiscalización, censura política, aprobación de los presupuestos, etc.
6. Como órgano de una administración que es no deja de ejercer potestades administrativas y de entre ellas una que tiene especial relevancia en toda administración: el ejercicio de la potestad reglamentaria, inherente para la efectividad del principio de autonomía local [cf. artículo 137 in fine de la Constitución y artículos 2 y 4.1.a) de la LRBRL].
7. La relevancia de tal potestad es obvia pues mediante la misma el Pleno, como máximo órgano municipal, conforma el ordenamiento jurídico del municipio. Y sin entrar en el análisis de la distinta tipología de reglamentos municipales, cabe señalar que tal potestad la ejerce el Pleno bien sea en lo interno u orgánico como en general, es decir, sobre todas las materias de competencia municipal respecto de las cuales los otros órganos ejercen potestades ejecutivas o administrativas, esto es, de actuación [cf. artículo 123.1.c) y d) de la LRBRL]. Y añádase que si bien la Junta de Gobierno Local ostenta potestad de promoción reglamentaria [artículo 127.1.a) de la LRBRL], no por ello se le sustrae al Pleno el ejercicio de la potestad reglamentaria.
8. En apoyo de su tesis el Ayuntamiento de Lugo invoca tanto en la instancia como en casación el artículo 38.3 del EBEP. Tal precepto regula con carácter general y para todas las administraciones, el régimen de la negociación, pactos y acuerdos sobre las condiciones de trabajo en el ámbito del empleo público. De tal precepto se deduce lo siguiente: 1. La validez y eficacia de lo pactado o acordado en ese ámbito

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

de negociación exige que sea expresa y formalmente aprobado por los “órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”. 2. Una vez ratificados los acuerdos que afecten a temas que puedan decidirse definitivamente por los órganos de gobierno de cada Administración, entonces lo estipulado será directamente aplicable. 3. Que lo pactado sea así directamente aplicable no quita para que, si tiene alcance reglamentario, se acometa una regulación de tal naturaleza por el órgano competente, pero con un matiz: lo es con efectos formales pues tiene prioridad lo que resulte del proceso negociador y se ratifique, luego esa regulación se supedita a lo pactado. 4. Tal esquema lo confirman, por contraste, los párrafos segundo y tercero del artículo 38.3 del EBEP cuando lo pactado afecta a materias sujetas a reserva de ley. En este caso los pactos o acuerdos carecen de eficacia directa y se da prioridad a la reforma legal. Por tanto, si con base en lo pactado o acordado se promueve una iniciativa legislativa y se rechaza en sede parlamentaria “se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes”. 9. Frente a lo que sostiene la parte recurrente, el artículo 38.3 del EBEP confirma el juicio de esta Sala pues sus previsiones deben matizarse en el ámbito de la Administración local, lo que refuerza lo dicho no sólo a efectos de la competencia material para el ejercicio de la potestad reglamentaria sino, además, para el ejercicio de sus funciones de control. Esto es así por lo siguiente:

1. Tratándose de la Administración del Estado o autonómica, la prioridad que el artículo 38.3 del EBEP da a lo pactado o acordado dotándolo de eficacia directa se explica porque todo queda en el seno de una organización administrativa en la que no hay órganos representativos, plurales, de control político interno.
2. Sin embargo –como se ha expuesto– en el seno de la Administración local sí hay un órgano, el Pleno, que ejerce funciones de “superior control y fiscalización” respecto del “ejecutivo local”, esto es, el Alcalde, la Junta de Gobierno Local y demás órganos directivos [artículo 122.4.b) de la LRBRL] y que, además, ejerce poder normativo, esto es, potestad reglamentaria.
3. Esto significa que esa idea de mera aprobación formal de la reforma reglamentaria no puede aceptarse sin más en este ámbito, pues lo pactado o acordado queda abierto a la fiscalización y debate en el Pleno al ejercer la potestad reglamentaria (...)».

1.2 Conflicto de competencias entre concellos e Administración autonómica sobre actuacións na contorna non delimitada de edificios catalogados. Límites da discrecionalidade técnica administrativa

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSJG), na súa interesante Sentenza do 4 de febreiro de 2021 (rec. 4381/2018, relator: Díaz Casales, inclúe voto particular), analiza un conflito competencial típico entre a Administración municipal e a autonómica: Un concello pretende instalar unha rampla

mecánica peonil polo bulevar central dunha avenida en costa. A Consellería de Cultura veta o proxecto atribuíndo para si tal competencia pola proximidade da actuación respecto de varios edificios de vivendas catalogados polo seu valor arquitectónico. O tribunal anula nesta sentenza o veto autonómico, ao considerar en primeiro lugar que os edificios catalogados non teñen que dispor en todo caso dun “contorno” protexido, non correspondéndose co concepto legal de “monumento”; e en segundo lugar que o veto non se xustificou realmente na protección dos inmobles catalogados, senón nos valores intrínsecos da vía, que carecía de calquera figura de protección:

«(...) Simplificando mucho lo manifestado por la Arquitecta podríamos afirmar que, pese a que la Gran Vía no está catalogada, es un ejemplo de planificación de la ciudad moderna, formando parte del entorno de varios edificios catalogados y la actuación proyectada, a su juicio, no resulta respetuosa con las características de los mismos y los valores que habrían de preservarse.

El emitido por la Arquitecta es un juicio técnico que hemos de respetar y considerar, pero resulta llamativo que ensalce las características de la Gran Vía como arteria principal de la ciudad, que no goza de protección, en lugar de hacerlo con los edificios catalogados, señalando el nivel de protección de los mismos y, lo que resultaría más determinante, su afectación, en su percepción, comprensión y estudio por la actuación proyectada, que es la finalidad que tienen los entornos de protección, con arreglo al Art. 12 de la Ley y lo que habría de resultar determinante a la hora de denegar la autorización.

Por otra parte, pese a no objetar los criterios mantenidos por la arquitecta, hemos de señalar que la propia exposición de motivos de la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia advierte el riesgo de que las apreciaciones técnicas y la discrecionalidad resulten teñidas de subjetividad, al indicar:

El legislador debe ser muy consciente de que en materia de patrimonio cultural se ejercen funciones inspiradas en apreciaciones técnicas y expertas que corren el riesgo de arrastrar una correcta y acotada discrecionalidad hacia una indeseable percepción social de arbitrariedad y subjetivismo. Es por eso por lo que, en el ejercicio de las potestades autorizatorias y en el desempeño de la facultad de informar, se hace especial hincapié en los principios de publicidad y seguridad jurídica y, por lo tanto, en la incorporación de elementos que faciliten el control de la discrecionalidad de la Administración en un ámbito donde la normativa tiene por fuerza que remitirse al juicio técnico o experto y donde es inevitable la formulación y el manejo de múltiples conceptos jurídicos indeterminados.

Por ello hemos de limitarnos estrictamente a los términos en los que aparecen redactados las potestades actuadas por las administraciones públicas enfrentadas en este proceso en la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia. Pese a echar en falta un examen del nivel de protección reconocido a los 8 edificios catalogados cuyo entorno de protección incluye la Gran Vía, dado que ha de admitirse que resulta absurdo condicionar la actuación en un espacio público cuando en los propios edificios catalogados en función de los diferentes niveles de protección, con arreglo al Art. 42 de la Ley, se admiten actuaciones de rehabilitación (en los inmuebles con

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

protección integral) que se amplían a las de reestructuración y reconstrucción (para los que cuenten con protección estructural) e incluso las de ampliación (cuando el nivel de protección baja a la protección ambiental). Insistimos el examen de la actuación debió hacerse en función de los edificios catalogados en lugar de atender las condiciones de la Gran Vía y su boulevard que no goza de protección, pese a su interés. (...)

En el presente caso no se discute que el proyecto afecta a un espacio público que está situado a menos de 20 metros de varios edificios catalogados, por lo que cabe defender que habría de entrar en juego la protección subsidiaria para los edificios catalogados, que es lo que mantiene la Xunta de Galicia, y, en este caso, habríamos de estar a la consecuencia de lo que establece el Art. 38.3 letra c) de la Ley, lo que determinaría la legitimación de la Xunta de Galicia para la intervención realizada. Pero esta conclusión obvia un apartado anterior del propio artículo 38 dedicado a la protección subsidiaria que también tiene su trascendencia en lo que tratamos, es el párrafo segundo del número 1 (...) Por lo que hemos de concluir que son los catálogos de los instrumentos de planeamiento los que han de determinar los entornos de protección de los bienes y hacerlo solo “en su caso” es decir cuando resulte necesario o se crea conveniente. Pues bien, admitido por la Xunta que los bienes están catalogados por un PEEC de 1.990 y al PGOM de 2008 (...), que acceden al catálogo como consecuencia de la Disposición Adicional Segunda de la Ley, no resulta coherente que se prescinda luego de que el Plan Especial en su día no les hubiera delimitado entorno de protección alguno de forma que su protección (integral, estructural o ambiental) se limita al propio inmueble, para hacer entrar en juego la protección subsidiaria y de este modo condicionar la actuación que resulta del proyecto, cuando con arreglo a lo que dispone el Art. 35 de la misma Ley es a los entes locales a través de los catálogos de los instrumentos de planeamiento a los que corresponde incluir los bienes de su patrimonio cultural y delimitar su entorno de protección, sin perjuicio de que la Consellería pueda elaborar directrices y recomendaciones.

(...) Por ello hemos de concluir que en una Ley tan plagada de conceptos jurídicos indeterminados que exigen que lo precisen expertos resulta necesario que la actuación de las potestades de intervención vengan justificadas concretamente por la finalidad que persigue la protección que, conviene repetirlo, es no alterar su percepción y comprensión y no afectar su integridad, apreciación y estudio (Art. 12), para lo que resultaba imprescindible que la denegación viniera determinada por los criterios marcados desde los bienes catalogados en lugar de cómo se hizo, que la denegación se realizó desde el examen del proyecto de actuación cuya autorización se deniega, prescindiendo de su concreta afectación a los inmuebles catalogados.

Por ello, en atención a lo hasta aquí argumentado, se impone la estimación de este motivo del recurso lo que determina, con arreglo al Art. 48 de la Ley 39/2015 que la resolución recurrida haya de ser anulada por no precisar la concreta actuación proyectada la autorización de Patrimonio por falta de acreditación por la Xunta

de la afectación de bienes catalogados en su integridad, percepción, comprensión y estudio».

1.3 Probas de acceso á condición de funcionario de carreira na Administración local. Debe primar o sistema de “oposición libre” sobre o de “concurso-oposición”. Impugnabilidade indirecta das bases do procedemento selectivo

A Sentenza do TSXG do 3 de marzo de 2021 (rec. 183/2020, relator: López González) anula o nomeamento da candidata finalmente seleccionada no “concurso-oposición” convocado por un concello para cubrir en propiedade unha praza de auxiliar administrativo (funcionario de carreira, C2), ao considerar que tiña que terse tramitado polo sistema de “oposición libre”. Motívase no informe desfavorable do secretario municipal e en que: *«El Ayuntamiento demandado no ha justificado, pese al anterior dictamen, su inclinación por el sistema del concurso oposición»*.

O interesante da sentenza é, en primeiro lugar, que considera prevalente a antiga normativa estatal sobre Administración local (RD 896/1991, do 7 de xuño e RDLex. 781/1986, do 18 de abril), que primaba o sistema de “oposición libre” sobre a máis recente lexislación autonómica de emprego público, que o equipara co sistema do “concurso oposición” (artigos 4.1.b), 56.1 e 57.1 Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia). En segundo lugar, nesta sentenza permítese que o candidato que aceptou desde un inicio o sistema de concurso-oposición e as bases da convocatoria, ao final do procedemento, ante o resultado desfavorable aos seus intereses, as poida impugnar indirectamente por este único motivo formal, sen necesidade de acreditar desviación de poder.

1.4 Cesamento de persoal funcionario interino tras longo período de servizo na Administración local. Improcedencia de aplicarlle a figura laboral do “indefinido non fixo”. Non cabe indemnización

Na Sentenza do TSXG do 11 de novembro de 2020 (rec. 293/2020, relator: López González), valídase o cesamento dunha funcionaria interina tras dez anos de servizo nunha deputación provincial, cos seguintes argumentos:

«(...) Es evidente que la crisis económica entonces padecida hizo imposible, por limitaciones presupuestarias, la convocatoria de la plaza durante el período comprendido entre los años 2011 y 2016. Cuando se pudo celebrar dicho proceso para la cobertura de la plaza, en el año 2018, la actora tomó parte en el mismo, pero quedó eliminada al no superar la prueba en el segundo ejercicio (...). En el recurso de apelación comienza la demandante refiriéndose a los sucesivos contratos y nombramientos de carácter temporal que la vincularon a la Diputación de Pontevedra, alegando que la actora prestó servicios de forma continuada e ininterrumpida entre el 11 de mayo de 2009 y el 31 de enero de 2019. Resulta paradójico que la

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

demandante se queje de la provisión interina años después de haber sido nombrada, y tras verse beneficiada por la misma, pues tal circunstancia fue la que le permitió proseguir desempeñando las funciones durante varios años. Por lo demás, en contra de lo que afirma la apelante, la tardía ejecución de la oferta de empleo público no es indicio del carácter fraudulento del nombramiento temporal, desde el momento en que termina por beneficiar a quien con carácter interino ocupa el puesto. Además, ha de negarse que el mero transcurso de un periodo de tiempo superior a dos años convierta en indefinida no fija la relación de quien ocupa el puesto, pues la conversión en indefinido no fija sólo podría venir derivada, en todo caso, de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en la contratación, circunstancias que aquí no aparecen constatadas; no existen, pues, elementos que puedan llevarnos a afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del nombramiento, ya que, como hemos visto anteriormente, en las actuaciones figura suficientemente acreditada la necesidad y urgencia de la convocatoria y posterior cobertura interina del puesto. (...)

Si atendemos a los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, procedentes de un Juzgado de lo Social madrileño, conviene advertir que finalmente esa cuestión prejudicial concluyó por la sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se declaró que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si ciertas medidas, como la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en “indefinidos no fijos” y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes. En esa misma STJUE de 19 de marzo de 2020 nuevamente se apodera a los Jueces nacionales para apreciar si existe utilización abusiva de la contratación o nombramientos temporales, y ya hemos visto que en el caso presente no cabe apreciarla, pues se acudió al nombramiento de interinidad por vacante para la cobertura temporal de la plaza mientras que no se articulaba el proceso selectivo para su cobertura definitiva. Por tanto, no es que la actora haya cubierto una necesidad permanente, sino que cubrió transitivamente una plaza vacante mientras no se procedía a su cobertura definitiva con personal fijo. Y es por ello que no existe ni fraude ni abuso en dicho nombramiento, siendo conforme a Derecho la resolución que ha decidido el cese precisamente cuando, tras la superación de la correspondiente oposición, fue cubierta la plaza con funcionario de carrera.

Por lo demás, si se siguiese la tesis de la recurrente, en todos los casos de nombramiento interino a plaza vacante habría abuso en el nombramiento porque el puesto a ocupar es estructural. Sin embargo, el llamado a ocupar el puesto sabe desde el principio que el nombramiento es temporal, y que ha de cesar cuando se

produce la cobertura reglamentaria de la plaza. (...) la mera extensión temporal no permite, sin más, calificar de fraudulento el nombramiento de la recurrente ni tampoco atribuirle u otorgarle a esta la condición de personal indefinido ni tampoco otorgarle el derecho a una indemnización. El hecho de que la Administración tardase en cubrir esa plaza con funcionario de carrera mediante la convocatoria de la correspondiente oferta de empleo público de 2017 (se incluyó la provisión definitiva de la plaza que ocupaba interinamente), no solo no le ha perjudicado, sino que, al contrario, le ha beneficiado.

En la actuación de la Administración no concurre ninguna de las circunstancias que permitirían calificar su actuación de “fraudulenta”. No se ha acreditado tampoco por la parte apelante que se hubiesen incumplido respecto a la recurrente las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico relativas a otorgar a los funcionarios interinos las mismas condiciones que a los funcionarios de carrera. En el nombramiento de la recurrente, aceptado por la misma, se constata que se trata de un nombramiento de interinidad, con base en causa legal como ya hemos dicho, conociendo la recurrente desde el principio que debería cesar en el mismo cuando la plaza fuese sacada a concurso y se cubriese por un funcionario de carrera a través del sistema de oposición legalmente establecido. (...)

La apelante alega asimismo que, dada la existencia de una situación de fraude y abuso, la actora debería ser indemnizada, por daños y perjuicios, con el abono de una cantidad a tanto alzado lo suficientemente efectiva y disuasoria. Desde el momento en que no se aprecia ni el abuso ni el fraude, también ha de decaer esta petición. Pero es que, además, la reciente jurisprudencia comunitaria ha variado su criterio anterior y cierra también esa posibilidad o la deja en manos del Juez nacional en la reciente sentencia de 19 de marzo de 2020, antes citada. En efecto, la doctrina proclamada en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (caso de Diego Porras), en la que se reconocía aquella indemnización, ha sido posteriormente modificada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 5 de junio de 2018 (asunto Lucía Montero Mateos), 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17, de Diego Porras), y la más reciente de 22 de enero de 2020 (asunto C177/18, caso Almudena Baldonado Martín). Incluso la segunda de ellas (la de 21 de noviembre de 2018) varía de criterio en el mismo caso de Diego Porras, en cuestión prejudicial planteada posteriormente a la primeramente decidida. (...) Con apoyo en esa sentencia comunitaria de 22 de enero de 2020, la reciente sentencia de 28 de mayo de 2020 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recurso de casación 5801/2017) sigue ese mismo criterio denegatorio de la indemnización. En dicha STS se argumenta: “Por todo ello la respuesta que daremos a la cuestión de interés casacional objetivo admitida es que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional”. En el caso presente, dada la desvinculación entre los nombramientos anteriores y el que comenzó el 17 de diciembre de 2010, no cabe apreciar el encadenamiento que sería preciso para la aplicación de la doctrina

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

emanada de la sentencia comunitaria de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-596/14, pues realmente el único computable es el que derivó de la resolución, por la que se le nombró a la actora funcionaria interina. Ello es congruente con lo establecido en el artículo 24.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, según el cual “El cese del personal funcionario interino no da lugar a indemnización”».

1.5 Ordenanzas fiscais municipais. Taxa de recollida de residuos sólidos urbanos. Insuficiencia da memoria económica. Limitacións de impugnación indirecta

A Sentenza do TS do 20 de maio de 2021 (rec. 6212/2019, relator: Navarro Sanchís) estima a casación e desestima a cuestión de legalidade presentada por un particular fronte a unha ordenanza fiscal do Concello de Tui, fixando a seguinte doutrina xurisprudencial:

«1) En la impugnación indirecta de una disposición general, prevista en el art. 26 LJCA –como en este caso la ordenanza fiscal reguladora de la tasa de basuras–, en principio, cabría alegar la omisión o la insuficiencia de los informes técnico-económicos, en la medida en que fueran determinantes de la configuración, coste global y reparto del importe de las tasas, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo al respecto.

2) No obstante, en el ámbito de la impugnación indirecta de una disposición general que se limita a una mera actualización del importe de las cuotas tributarias, sin innovar la norma en las restantes determinaciones fiscales, la impugnación indirecta únicamente puede referirse a ese estricto punto en que la ordenanza modifica la preexistente.

3) Esta imposibilidad jurídica se extiende, por ende, a la cuestión de ilegalidad derivada de la anulación del acto de aplicación mediante sentencia firme, fundada en la invalidez de un precepto reglamentario, en los términos del artículo 27.1 LJCA. Esto es, no cabe anular erga omnes los preceptos de una ordenanza por razón de la inexistencia o insuficiencia de la memoria a que se refiere el art. 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, cuando tal denuncia viene referida, no a la actualización de la cuantía de la tasa, como contenido propio de la ordenanza cuestionada, sino a los elementos normativos integrantes de ésta, objeto de aprobación en versiones anteriores de la ordenanza».

2 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19)

2.1 Ratificación xudicial de medidas sanitarias restritivas de dereitos fundamentais

O auto do TSXG do 25 de maio de 2021 (rec. 7246/2021, relator: Villares Naveira) ratifica a prórroga pola Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia de determinadas limitacións de circulación interterritorial, permanencia en espazos públicos e/ou privados e mobilidade nocturna (DOG 94 bis, do 21/05/2021), aplicando por primeira vez os novos criterios establecidos para o efecto polo TS na súa Sentenza do 24 de maio de 2021 (rec. 3375/2021, relator: Lucas Murillo). Afirma o Tribunal galego neste auto que:

«(...) É posición pacífica desta Sala a tese de que a Comunidade Autónoma de Galicia posúe habilitación normativa suficiente para adoptar medidas que, en desenvolvemento das súas competencias estatutarias, impliquen unha regulación do exercicio dos dereitos fundamentais, cando estes se proxectan sobre esas materias, no caso que nos ocupa, sobre sanidade e saúde pública. (...) o artigo 33.2 da Lei de saúde de Galicia, na redacción dada pola Lei 8/2021, do 25 de febreiro, establece que “Corresponderá ás persoas titulares dos órganos citados no ámbito das súas respectivas competencias, establecer as intervencións públicas necesarias para garantir os dereitos e deberes sanitarios da cidadanía, entre eles os previstos nos artigos 34.12 e 38”. No primeiro destes preceptos indícase que as intervencións públicas que poderán exercer as autoridades sanitarias competentes sobre as actividades públicas e privadas que, directa ou indirectamente, poidan ter consecuencias para a saúde son: “12. Adoptar as medidas preventivas que se consideren pertinentes no caso de que exista ou se sospeite razoablemente a existencia dun risco inminente e extraordinario para a saúde. Para tal efecto, a autoridade sanitaria competente poderá proceder á incautación ou inmovilización de produtos, á suspensión do exercicio de actividades, ao peche de empresas ou das súas instalacións, á intervención de medios materiais e persoais e a cantas outras medidas se consideren sanitariamente xustificadas. A duración das medidas a que se refire este punto fixarase para cada caso, sen prexuízo das prórrogas sucesivas acordadas por resolucións motivadas, e non excederá o que exixa a situación de risco extraordinario que as xustificou. Poderá, así mesmo, adoptar medidas preventivas en materia de saúde pública nos termos previstos no artigo 38” (Esta última remisión debe entenderse feita unicamente ao apartado 1, posto que o 2 está suspendido de vixencia pola PTC de 22 de abril de 2021, que admite a trámite o Recurso de inconstitucionalidade n. 1975-2021). (...)

Sintetiza a antedita STS n. 719/2021, no FX 4.D in fine cal debe ser o ámbito de control xudicial sobre o que se estenda a actividade da Sala no exame requirido ao abeiro do art. 122 quáter LXCA, a saber, que a autoridade sanitaria:

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

“(iii) identificou con suficiente claridade o perigo grave para a saúde pública derivado dunha enfermidade transmisíbel que é preciso conxurar para preservar o dereito á saúde e á vida con indicación dos feitos que así o acreditan; (iv) estableceu debidamente a extensión dese risco desde o punto de vista subxectivo, espacial e temporal; e (v) xustificou que non dispón doutros medios menos agresivos para afrontalo e que os propostos son idóneos e proporcionados. E, sobre eses presupostos, (vi) a Sala correspondente deberá concluír se dita xustificación é suficiente e se a limitación pretendida é efectivamente idónea, necesaria e proporcionada”. (...)

A STS N. 719/2021 resolve unha das múltiples cuestións que foi obxecto de controversia nos últimos tempos, como é a relativa á vixencia das medidas no período de tempo que media entre a publicación da Orde e a decisión xudicial. Dito noutros termos, cal é o momento no que se reputa que a medida publicada é eficaz, isto é, que desprega todos os seus efectos.

A este respecto, o FX 4º A), rubricado “A virtualidade das medidas sometidas a ratificación xudicial” efectúa as seguintes consideracións:

“Unha das primeiras dúbidas que xurdiron e que se manifestou no presente proceso é a de se as medidas dispostas polas autoridades sanitarias competentes e sometidas, conforme aos indicados preceptos da Lei da Xurisdición, a ratificación xudicial, poden ser aplicadas ou non pola Administración antes de que a Sala do contencioso administrativo pronúnciese. Xa temos visto que o auto da Sala de Santa Cruz de Tenerife do 10 de maio de 2021 manifestouse en sentido negativo e agora hemos de confirmar o seu criterio. Segundo explicamos nos autos do 20 de maio de 2021 (recursos de casación n. 3417, 3425 e 3473/2021), os artigos 10.8 e 11.1.i) da Lei da Xurisdición esixen que a medida sanitaria –disposición xeral ou acto administrativo xeneral, segundo os casos– obteña un visto e prace ou aprobación previa por parte da Sala do contencioso-administrativo correspondente. Iso significa que a medida sanitaria adoptada pola Administración autonómica ou estatal non pode despregar eficacia antes de que fose ratificada xudicialmente. Noutras palabras, a ratificación prevista nesos preceptos “non é unha especie de convalidación ou confirmación por parte do órgano xudicial dun acto da Administración que xa reúne todas as condicións legalmente requiridas para ser eficaz: non é un acto provisional ou claudicante que poida ser aplicado no lapso temporal que media entre a súa adopción pola Administración e a resolución xudicial que se pronuncia sobre a súa ratificación”.

Confirman esta conclusión, tal como dixemos nesos autos, non só a literalidade dos preceptos senón tamén a consideración de que non tería ningún sentido un procedemento como o agora regulado polos artigos 10.8 e 11.1.i) se se pretendese con el un control sucesivo de actuacións da Administración xa perfectas e plenamente eficaces. Non o tería porque para lograr ese obxectivo, xa existían as vías adecuadas na Lei da Xurisdición. Ademais, sendo a propia Administración promotora da medida sanitaria a que debe solicitar a ratificación, non cabe entender

que acode ao órgano xudicial para impugnar un acto, senón que o fai para dotarlle dunha eficacia que por si soa non pode darlle e que é especialmente necesaria para actuacións restritivas de dereitos fundamentais.

As consecuencias derivadas do anterior son, principalmente, dúas.

A primeira é que, como xa se apuntou, as medidas sanitarias aínda non ratificadas xudicialmente non despregan efectos, nin son aplicables. A segunda é que, se a ratificación xudicial é denegada, non é preciso que a Administración acorde “deixar sen efecto” a Orde ou acordo sometidos a ela xa que nunca foron legalmente eficaces, sen prexuízo de que poida –ou, mesmo, deba– dar publicidade á devandita denegación, especialmente se previamente as medidas rexeitadas houberen tido algunha clase de publicidade oficial.

En definitiva, como acertadamente sinala o auto da Sala de Santa Cruz de Tenerife do 10 de maio de 2021, a ratificación é condición de eficacia das medidas sometidas a ela.

Esta declaración do Tribunal Supremo á hora de interpretar o art. 10.8. LXCA terá para o futuro influencia na desexable sincronía que deberá producirse entre a publicación da norma e o seu sometemento a ratificación xudicial, para evitar lapsos de tempo carentes de eficacia das medidas que se pretendan implementar e durante os cales perdesen hipoteticamente vixencia as anteriores medidas, se é que se agarda á caducidade para a súa novación ou renovación.

Deixa o Alto Tribunal sen resolver de forma explícita no seu esquema interpretativo do art. 10.8. LXCA a diferenza legal que para os efectos deste procedemento deba atribuírse a dous conceptos que habitualmente non son idénticos xuridicamente e para os que o lexislador preveu unha conxunción disxuntiva: “autorización ou ratificación”. Esta palabra, ou, segundo a primeira acepción do Dicionario da RAG, “Con valor disxuntivo expresa unha alternativa”. Pola contra na cuarta acepción “Indica que as formas que une designan a mesma cousa”. Así, se entendemos que a resolución obvia o carácter alternativo da resolución, debemos concluír que quixo equiparar ambos termos (cuarta acepción), baleirando de contido calquera matiz semántico que entre eles puidese existir. Parece afondar esta tese o argumento invocado asumido na sentenza de que “non é unha especie de convalidación ou confirmación por parte do órgano xudicial dun acto da Administración que xa reúne todas as condicións legalmente requiridas para ser eficaz”. En consecuencia, calquera que fose o valor que se lle quixese dar ás expresións empregadas por referencia á posición da intervención xudicial, materialmente resólvese que é condición sine qua non de eficacia.

Así as cousas, a Orde de 21/5/2021 será eficaz dende o momento da notificación da presente resolución á Xunta de Galicia (...).».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

2.2 Instrución do Servizo Galego de Saúde sobre reprogramación funcional preventiva da actividade asistencial pola pandemia de coronavirus

Un sindicato de médicos impugnou a Instrución 14/2020, de maio de 2020, do xerente do Servizo Galego de Saúde, sobre reprogramación funcional preventiva da actividade asistencial pola pandemia de coronavirus. O TSXG desestima o recurso na súa Sentenza do 18 de marzo de 2021 (rec. 7239/2020, relator: Fernández López). Nela analízase en primeiro lugar a natureza xurídica da instrución impugnada, así como o seu obxecto e fins:

«(...) de la lectura de la Instrucción 14/2020 se advierte que era una verdadera orden de servicio que dirigía el superior a los inferiores, pero también tenía naturaleza de disposición general, al imponer mandatos a sus destinatarios, que, al no tratarse de los usuarios de los servicios sanitarios, sino de los gerentes territoriales, no precisaba de su publicación en el Diario Oficial de Galicia (precepto antes citado); así parece admitirlo el letrado de la organización sindical demandante cuando refiere que la reorganización que allí se impuso afectaba a todo el ámbito autonómico y, en particular, a los 6.958 facultativos dependientes del Servicio Galego de Saúde (...). Aunque la instrucción impugnada se dictó en el marco de la actual situación de crisis sanitaria, como indicó en su preámbulo, en ningún momento llegó a citar el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por lo que no tenía un marco temporal sujeto a tal estado excepcional, sino que los mandatos que imponía estaban dirigidos a preservar la salud pública en esa concreta y excepcional situación, mediante dos tipos de actuaciones o medidas que tendrían que adoptar, en el ámbito de sus atribuciones, los gerentes territoriales para conseguir el distanciamiento social o físico en los centros de trabajo a fin de evitar riesgos de contagio y preservar la salud pública; tales medidas eran, por un lado, el fomento de la atención no presencial y, por otro, el impulso de la actividad ordinaria en horario de tarde».

En segundo lugar, conclúe que a instrución foi ditada por órgano competente, tendo en conta que:

«no tenía como propósito reorganizar de forma total y radical el servicio de facultativos del organismo sanitario, ya que no implantó una nueva estructura o método de trabajo consolidado, estable y permanente, esto es, un auténtico plan de ordenación de recursos humanos, sino que se limitó a recoger dos medidas puntuales y temporales que podrían incidir en la reprogramación o distribución de la jornada de algunos profesionales, siempre con respeto de la normativa superior y aceptando como criterio preferente la libre voluntad de estos de participar en esas medidas, por lo que tal instrucción se dictó por el órgano competente».

E finalmente rexeita os argumentos impugnatorios de fondo ao considerar que:

«(...) se estaba en presencia de lo dispuesto en el artículo 29.3 LGS, acerca de la posibilidad de establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios en el caso de que lo requiera la defensa de la salud, que fue lo que hizo la instrucción al acordar la mera reprogramación funcional para conseguir reducir progresivamente la concentración de profesionales y usuarios en los espacios comunes de los centros sanitarios. (...) no alteró ni la duración, ni la titularidad de las jornadas ordinarias de trabajo de sus estatutarios, sino que contempló dos medidas para evitar la concentración de estos profesionales con los usuarios, bien fomentando el teletrabajo o la atención no presencial, o bien reprogramando la actividad para favorecer (no imponer) que fuera vespertina, siempre con la anuencia de los interesados y con respeto de las normas básicas de aplicación. (...) ni la instrucción impugnada impuso una ampliación forzosa de la jornada de los facultativos, ni les obligó a que la pasaran a la tarde sin su voluntad».

2.3 Medidas de prevención necesarias para hacer frente á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19, unha vez superada a fase III do Plan para a transición cara a unha nova normalidade

A Sentenza do TSXG do 26 de febreiro de 2021 (rec. 7276/2020, relator: Paz Eiroa) desestima o recurso interposto fronte a un acordo do Consello da Xunta en que se estableceron determinadas medidas preventivas, restritivas de dereitos, tras a finalización do primeiro estado de alarma (máscara obrigatoria, distancias de seguridade, etc.). O alto tribunal galego afonda na xustificación e proporcionalidade destas medidas (principalmente a da máscara), reproducindo a motivación do seu auto do 31 de agosto de 2020 (desestimatorio da solicitude de medidas cautelares) e da Sentenza do TS do 20 de novembro de 2020 (rec. 140/2020). Incide así en que:

«La intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados: la protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva. Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legítima la disposición ordenando el uso de mascarilla en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus COVID-19, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales. Aquí no consta que la imagen del recurrente hubiere sido captada o difundida sin mascarilla sin su autorización. (...)

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

La Administración demandada acompañó a su contestación, entre otros documentos, Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en la comunidad en el contexto del COVID-19 de 10 de junio de 2020, webs de infectados, de porcentajes de infecciones por fechas y de activos/curados/fallecidos. El Acuerdo de 17 de julio de 2020 impugnado en este procedimiento ha sido el resultado del seguimiento y evaluación continua al que debían de quedar sometidas las medidas acordadas en el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 12 de junio de 2020, con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria. No se puede olvidar que esta medida, 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 demandante acompañó a su demanda, y propuso como prueba solo (además del expediente) las Recomendaciones de la OMS sobre el uso de mascarillas en el contexto de la COVID de fecha 5 de junio, las Recomendaciones sobre lo mismo del Ministerio de Sanidad de 10 de junio de 2020 y un documento del Ministerio de Sanidad de 23 de junio de 2020 sobre el uso correcto de las mascarillas. Ninguno de los documentos contradice la decisión de la Administración de uso de mascarilla,

aunque se pueda garantizar el mantenimiento de la distancia de seguridad interpersonal tomada a la vista del seguimiento y evolución de la situación. Ninguno de los documentos rebate la medida en cuestión.

Finalmente, respecto al alegado “casi imposible cumplimiento de las normas”, el auto denegatorio de las medidas cautelares ya dice que “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”.

En cualquier caso, “los hipotéticos riesgos siempre serán menores que el beneficio de la prevención obtenida” –STS 20-11-2020–».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 Estranxeiría

3.1 Inmigrante en situación irregular. A sanción de expulsión do territorio español require acreditar circunstancias agravantes. Efecto directo vertical inverso da Directiva 2008/115/CE de retorno

O TSXG, na súa Sentenza do 24 de marzo de 2021 (rec. 377/2020, relator: Seoane Pesqueira), recupera o criterio tradicional de interpretación do réxime sancionador da nosa lexislación de estranxeiría anterior á equívoca Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) do 23 de abril de 2015 (C-38/14 Zaizoune), atendendo ás novidades da posterior Sentenza do TXUE do 8 de outubro de 2020 (C-568/19) e da do TS do 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/2020). Conclúe así que non se pode sancionar coa expulsión un inmigrante en situación irregular se non concorren circunstancias agravantes:

«(...) Puede concluirse, pues, que si España tiene una normativa de extranjería más favorable (artículo 4.3 de la Directiva: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”), que conduce a anular la expulsión si no concurren agravantes bajo criterios de proporcionalidad,

y reserva la expulsión para la presencia de datos negativos o circunstancias agravantes, nuestro país ha de seguir esa pauta.

Recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la incidencia de dicha sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la normativa española, llevando a cabo una interpretación conforme con la normativa comunitaria, y en la sentencia de 17 de marzo de 2021 (recurso de casación 2870/2020), en coincidencia con lo razonado hasta aquí, ha llegado a la conclusión de que puede acudir a las circunstancias agravantes que había enunciado la jurisprudencia precedente del propio Tribunal Supremo para verificar si, por concurrir alguna de ellas junto a la permanencia irregular, procede la expulsión, añadiendo que lo que no cabe es acudir a la sanción de multa alternativa si se anula expulsión, porque ello es incompatible con la Directiva comunitaria. (...)

No está de más añadir, con la finalidad de establecer criterios orientativos de las circunstancias que pueden servir para motivar una orden de expulsión que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior, ha dictado la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, precisamente para la aplicación de las mencionadas sentencias del TJUE 2015/260 y 2020/807. En la misma, se consideran como circunstancias “que puedan motivar dicha” propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57.1º.a) de la LOEX, las siguientes, a título meramente ejemplificativos: “Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje.”

El examen del caso presente revela que en él no cabe apreciar ninguna de dichas circunstancias negativas que puedan justificar la expulsión, pues sólo concurre la permanencia irregular en España, por lo que ha de concluirse que se vulnera el principio de proporcionalidad al imponerla, debiendo anularse, pues, la sanción de expulsión impuesta.

De ese modo se permitirá que el recurrente pueda regularizar su situación mediante la solicitud de una autorización de residencia temporal con invocación del contrato de trabajo temporal que ha aportado en vía administrativa (folios 32 a 34 del expediente administrativo), llevando a la práctica su alegación de que intenta salir adelante buscando trabajo».

4 Medio ambiente e urbanismo

4.1 Planeamento urbanístico. Anulación por omisión de avaliación ambiental estratéxica. Emendabilidade do defecto en fase de execución de sentenza

O TS, no seu auto do 3 de xuño de 2021 (rec. 4555/2020), admite un recurso de casación contra a Sentenza do TSXG do 31 de xaneiro de 2020 (rec. 4128/2016, relator: Parada López), co obxecto de: «*determinar si es posible subsanar, en ejecución de sentencia, la omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica en un instrumento de planificación urbanística declarado nulo por dicha causa*».

A sentenza de instancia anulara o acordo plenario de 2015 do Concello de Ferrol de aprobación definitiva do plan especial de protección e rehabilitación da zona vella pola devandita deficiencia formal. Con todo, na súa parte dispositiva engadiuse a apostila: «*sin perjuicio de la posibilidad de subsanación en ejecución de sentencia*», coa seguinte motivación (fundamento cuarto.2 *in fine*):

«La demanda debe de ser estimada por tanto, en este aspecto, sin embargo esta Sala no deja de considerar que dicha falta y su consecuencia, si estamos ante un simple error como afirma la demandada y se puede entrever indiciariamente a la vista de los datos ofrecidos, sería desproporcionado y excesivamente gravoso para el Concello y en su caso en su traslación al ciudadano dada la dificultad, costo y complejidad que supone la elaboración de un plan de estas características, de ahí que valoremos una posibilidad de subsanación, ante un caso excepcional como el presente, de esta falta por parte del Concello lo cual se resolverá en ejecución de sentencia con la aportación de un documento complementario del anterior sobre la falta antedicha que condiciona en la actualidad de nulidad al Plan ahora debatido y que abarque dicho documento al total del ámbito discutido y despeje las dudas existentes sobre la decisión de no de someter al procedimiento de evaluación ambiental estratégica el PEPRF en todo su ámbito».

Este recurso de casación ofrécelle ao TS unha magnífica oportunidade para innovar a súa xurisprudencia tradicional sobre a natureza xurídica e efectos dos vicios formais dos plans urbanísticos, tal como vén reclamando boa parte da doutrina especializada.

4.2 Xestión urbanística. Expropiación de predios non incorporados á xunta de compensación. Responsabilidade subsidiaria do concello no aboamento dos prezos xustos ante a falta de pagamento da beneficiaria da expropiación

Nun polígono para executar por compensación expropiáronse varios predios en beneficio da xunta de compensación. Tras a adquisición de firmeza dos xustos prezos, a beneficiaria non procedeu ao seu pagamento total, por falta de liquidez. O TSXG,

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

en Sentenza do 18 de marzo de 2021 (rec. 7020/2021, relator: Fernández López), declara a responsabilidade subsidiaria do concello, condenándoo a aboar as cantidades pendentes, coa seguinte fundamentación:

«(...) para garantizar que el expropiado va a percibir el justiprecio, la normativa y la jurisprudencia citadas ponen, al lado de la beneficiaria obligada a su pago, a la propia administración expropiante, pero no de forma solidaria, ni alternativa, sino subsidiaria, lo que se ha reconocido expresamente en supuestos como el que aquí se trae, donde las expropiaciones tienen lugar en el seno de operaciones urbanísticas (aquí por el procedimiento de compensación), en el que la entidad colaboradora no hace frente a su obligación de pago del justiprecio (SsTS de 06.07.15 y 19.02.16), responsabilidad subsidiaria que tiene su razón de ser tanto en la doctrina constitucional que preconiza que sólo puede materializarse la privación coactiva de bienes y derechos patrimoniales mediante la correspondiente indemnización que debe asegurar al expropiado el equivalente económico de su propiedad (SsTC 166/1986, 149/1991 y 37/1987), como también en atención al importante papel que tiene la administración en el procedimiento de expropiación como titular de la potestad expropiatoria, de suerte que asume una serie de obligaciones de las que no queda exenta por el hecho de que exista una beneficiaria. Así pues, la administración expropiante actúa como una suerte de avalista cuando ejerce esa potestad en favor de la beneficiaria de la expropiación (artículo 4 del REF), de modo que es lógico que se le exijan a aquélla responsabilidades cuando la beneficiaria no cumple con sus obligaciones, a fin de garantizar la legitimidad de la expropiación y el derecho constitucional que asiste al expropiado a recibir el justiprecio, máxime cuando la propia administración puede exigir la adopción de cuantas medidas considere oportunas para garantizar la correcta tramitación de todo el procedimiento expropiatorio. En este punto debe advertirse que lo relevante para que surja la responsabilidad subsidiaria no es que la beneficiaria obligada al pago del justiprecio no pueda hacerlo por resultar insolvente, sino que no lo haga, por la razón que fuere; por ello, frustrado ese pago, y una vez que los expropiados hubieran acreditado haberlo exigido a la primera obligada (la beneficiaria), tendrían abierta la acción para exigirlo a la segunda (la administración expropiante)».

4.3 Licenza de obras. Impugnación en exercicio da acción pública urbanística. Limitación de prazo. Principios de equidade e boa fe

A Sentenza do TSXG do 26 de febreiro de 2021 (rec. 4253/2020, relator: Martínez Quintanar) confirma a inadmisión do recurso contencioso-administrativo promovido fronte a senllas licenzas urbanísticas de obras e primeira ocupación por se ter interposto extemporaneamente. Incide o tribunal en que:

«(...) el conocimiento de la existencia y contenido del acto de otorgamiento de la licencia, una vez constatado con actuaciones del aquí apelante mediante escritos que

evidencian ese conocimiento, tiene consecuencias concretas en orden al inicio del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Y en este caso está acreditado que el recurrente tuvo conocimiento de la licencia de 10 de octubre de 2017 en el momento en que accede al expediente (a resultas de la solicitud de acceso presentada el 23 de enero de 2018, lo cual evidencia su conocimiento sobre la existencia de dicho acto). (...)

Vista la STS de 21 de enero de 2019 n. resolución 1621/2019, n. recurso 6097/2018, y las sentencias anteriores del Alto Tribunal, citadas por las partes apeladas, no se puede eludir la trascendencia que tiene la acreditación, con actos propios del recurrente, de la adquisición en un determinado momento de un efectivo conocimiento de la existencia y contenido del acto autorizatorio, a la hora de determinar el inicio del cómputo del plazo de impugnación de ese acto. No estamos ante el ejercicio de la acción pública como mera denuncia de la ilegalidad de las obras en la que se inste la adopción de medidas de reposición de la legalidad urbanística, sino que en este caso lo que se pretende es la anulación de dos concretos actos administrativos por los que se otorgaron determinadas licencias, estando sujeta su impugnación a un plazo preclusivo, desde el momento en que se constata el conocimiento de tal acto.

Ese plazo preclusivo no es eludible por el mero hecho de que se alegue la presentación de escritos en los que se solicita la revisión de la licencia por causa de nulidad, ya que el objeto de la presente litis no era la desestimación presunta de tales solicitudes (cuya formulación anterior, por lo demás, ya evidenciaba el conocimiento del acto autorizatorio contra el que se ha venido a interponer el presente recurso meses después del vencimiento del plazo, de forma extemporánea). (...)

En cuanto a la alusión al artículo 154 de la Ley del Suelo de Galicia, su invocación es inane respecto al plazo de recurso contra los actos expresos de otorgamiento de las licencias por parte de quien pretenda ejercitar la acción pública, ya que dicho precepto lo que regula es la atribución de la potestad administrativa de suspensión de las licencias para su ulterior impugnación en vía jurisdiccional, y en su apartado segundo se remite a los procedimientos de revisión de oficio de la legislación básica. De dicho precepto no se desprende que el ciudadano interesado en impugnar una licencia de la que tiene conocimiento pueda prescindir del plazo legalmente establecido para la interposición de su recurso. Cuestión distinta es que, si concurre causa de nulidad de pleno derecho, pueda instar su revisión por esa causa por el cauce previsto en la legislación básica (actualmente artículo 106 de la Ley 39/2015) sin sujeción a un plazo preclusivo, en cualquier momento –siempre respetando los límites del artículo 110 de la Ley 39/2015– pero, repetimos, la desestimación presunta de una solicitud de revisión no es el objeto de este procedimiento, sino de otro recurso contencioso-administrativo, promovido por el mismo recurrente. Por lo demás, el hecho de que la Administración pueda declarar lesivo un acto en el plazo de cuatro años en nada afecta a la extemporaneidad del recurso formulado por un particular en ejercicio de una acción impugnatoria: cuatro años es el plazo del que dispone la Administración para la declaración de lesividad y

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

posteriormente proceder a la impugnación en vía contencioso-administrativa, no el plazo del que dispone el particular que ejercita la acción pública impugnando los actos de otorgamiento de dos licencias urbanísticas».

4.4 Disciplina urbanística. A APLU non pode ordenar directamente a demolición dunha edificación amparada en licenza urbanística municipal en vigor. Antes debe conseguir a súa anulación ou declaración de nulidade

A Sentenza do TSXG do 2 de novembro de 2020 (rec. 4163/2019, relator: Martínez Quintanar) confirma a anulación dunha orde de demolición dunha vivenda ditada pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística da Xunta de Galicia (APLU), ao se ter erixido de conformidade cunha licenza urbanística municipal en vigor. Afirma o tribunal o seguinte:

«(...) la sentencia apelada concluye que “la tesis sostenida por la APLU de considerar que puede ordenar directamente la demolición de una edificación construida conforme a la licencia municipal de obras previamente otorgada (vigente y eficaz), con el subterfugio de que en su opinión adolece de un vicio de nulidad, sin impugnarla, ni revisarla de oficio, es incompatible con los principios más básicos de nuestro Derecho urbanístico y administrativo antes reseñados, generando además una grave inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario”. Compartimos esta conclusión de la sentencia apelada. (...)

(...) si existe licencia, la acción de la reposición de la legalidad urbanística solo puede ser ejercitada en el supuesto de que las obras no se ajusten plena y fielmente a la licencia otorgada, y no en otro caso. La contravención del ordenamiento urbanístico por obras realizadas ajustándose a la licencia otorgada no es un supuesto contemplado por el artículo 209 de la LOUGA 9/2002, que solo contempla la orden de demolición para las obras que no fuesen legalizables por ser incompatibles con el ordenamiento urbanístico, y ese juicio de legalizabilidad solo puede recaer sobre obras sin licencia, ya que si son obras ejecutadas al amparo de una licencia no cabe hablar en puridad de no legalizabilidad o legalizabilidad, ya que está otorgado el título habilitante que consideró en sentido favorable la legalizabilidad. Lo que está en cuestión cuando hay licencia es el ajuste de la obra a la licencia, y la demolición solo procederá en ese caso cuando estando ordenado ese ajuste, no se acabe produciendo.

Ello no desapodera a la APLU de su potestad de verificar que no se otorga licencia a un uso prohibido en suelo rústico. Lo que sucede es que si las obras se ajustan a la licencia y a pesar de ello la APLU considera que son incompatibles con el ordenamiento urbanístico, en tal caso la incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico se origina en el propio acto municipal de otorgamiento indebido de la licencia, al legitimar un uso residencial prohibido en suelo no apto para el mismo, y ello obliga inexcusablemente a que si la infracción se comete con

el acto de otorgamiento de la licencia –que se concede de forma indebida– la APLU deba ejercitar sus potestades instando la revisión de la licencia, al amparo del artículo 212.2 de la LOUGA 9/2002, y los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local.

(...) si efectivamente se da por supuesta la invasión del suelo rústico, lo que procede no es la adopción de medidas de reposición de la legalidad urbanística conducentes a la demolición, sino precisamente la revisión de la licencia. Esta revisión, de conducir a la declaración de nulidad de la licencia, abocaría a la demolición de las construcciones que invadan suelo rústico, demolición cuya procedencia no se derivará de esas ligeras variaciones de lo ejecutado, sino de la invasión de suelo no urbanizable, invasión que no cabe dar por supuesta en este procedimiento, sino que debe probarse en el procedimiento conducente a revisar la licencia otorgada, porque tal invasión por las dos construcciones se originaría en el proyecto autorizado por la licencia, y no por un emplazamiento distinto de las edificaciones que se apartase del proyecto.

Este es el motivo por el cual procedía anular igualmente la orden de demolición respecto a la edificación auxiliar, ya que la contravención urbanística en que se basa dicha orden en realidad es un vicio que, de existir, afectaría a la licencia, y los cambios entre lo proyectado y lo ejecutado son irrelevantes en orden a justificar la demolición acordada, ya que serían en todo caso legalizables, sin que proceda condenar a la APLU a exigir esa legalización porque solo tiene competencia para ordenar la reposición de la legalidad si se considera probada la invasión del suelo rústico, y entonces lo que procedería no es la legalización, sino la demolición por esa invasión, pero no como medida derivada de un expediente de reposición de la legalidad, sino como efecto inherente a la declaración de nulidad de la licencia, previa tramitación del procedimiento de revisión correspondiente, ya que esa invasión derivaría de lo proyectado, y por tanto debe alegarse y probarse en el procedimiento de revisión de la licencia.

En suma, no estamos hablando de edificaciones distintas a las proyectadas, ni en emplazamiento diferente, ni de naturaleza y características que se aparten de forma relevante respecto a lo proyectado, ni la orden de demolición de las construcciones deriva de un desajuste de lo edificado respecto a lo proyectado, sino de una posible invasión parcial de suelo no urbanizable con construcciones residenciales que están efectivamente emplazadas en el lugar indicado en el proyecto autorizado por la licencia, lo que significa que la forma de remediar esa posible contravención urbanística consistente en la materialización de un uso prohibido en suelo no urbanizable de protección de espacios naturales es la revisión de la licencia que ha autorizado el proyecto que permitió esa posible invasión, al grafiar, según la tesis de la APLU, de forma incorrecta la línea separadora de las clasificaciones. Esa revisión de la licencia debe ser instada por los procedimientos administrativos y/o judiciales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico y solo en el caso de que efectivamente se declare su nulidad o se anule podrá prescindirse de los efectos autorizatorios de la licencia municipal, y sería la consecuencia indeclinable de esa

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

declaración de nulidad –derivada de la invasión de suelo no urbanizable con un uso prohibido– precisamente la demolición de lo construido, consecuencia que no puede apreciar unilateralmente la APLU prescindiendo del procedimiento de revisión de dicho acto autorizador, al dimanar el vicio apreciado no de un desajuste de lo ejecutado con lo autorizado sino de un posible vicio del proyecto autorizado. Sobre este posible vicio del proyecto la sentencia apelada no se pronuncia categóricamente y tampoco lo debe hacer esta sentencia de segunda instancia, ya que no cabe prejuzgar ni anticipar el resultado de un eventual expediente de revisión de la licencia que no ha sido instado, sino simplemente constatar que ese era el procedimiento adecuado para conseguir el efecto pretendido por la APLU. Ello no supone vaciar de competencias a la Administración autonómica, sino concretar el procedimiento a través del cual deben ser ejercidas, debiendo recordarse que dentro de las funciones de la APLU se encuentra no solo la tramitación de los expedientes de reposición de la legalidad, sino también, entre otras, “el requerimiento para la anulación de licencias urbanísticas contrarias a la normativa reguladora del urbanismo, la ordenación del territorio y del litoral” (artículo 3.h) del Decreto 213/2007, de 31 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la APLU) (...)».

5 Persoal

5.1 Carreira profesional do persoal interino

O TSXG, na súa Sentenza do 17 de marzo de 2021 (rec. 193/2019, relator: López González), anula a Orde da Consellería de Facenda do 28 de marzo de 2019, pola que se publica o Acordo entre a Xunta de Galicia e as organizacións sindicais CC. OO. e UXT, para a implantación do réxime extraordinario de acceso ao grao I do sistema de carreira profesional do persoal funcionario de carreira da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e do persoal laboral fixo do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galicia, «en la medida en que excluye al personal laboral temporal y a los funcionarios interinos del régimen de carrera profesional establecido». Incide a sentenza en que:

«La Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre acuerdos y resoluciones análogos al impugnado, concluyendo que la carrera profesional forma parte de las condiciones de trabajo de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE, referida al principio de no discriminación, y que, en consecuencia, no procede excluir de ella al personal no permanente.

Así lo ha hecho en sus sentencias de 18 de diciembre de 2018 (recurso de casación 3723/2017), 21 de febrero de 2019 (RC 1805/2017), 25 de febrero de 2019 (RC

4336/2017) y 6 de marzo de 2019 (RC 2595/2917), versando las tres últimas sobre personal estatutario sanitario del Instituto Catalán de Salud.

Dicha jurisprudencia, a su vez, ha tomado base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia, que se ha pronunciado recientemente con nitidez en relación a la carrera profesional en el Auto de 22 de marzo de 2018, dictado en el asunto C-315/1, originado por una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n. 2 de Zaragoza, en un procedimiento referido a la exclusión de la carrera profesional horizontal de una funcionaria interina de la Universidad Pública de Zaragoza. (...)

De la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo expuesta se deduce que resulta discriminatorio, y vulnerador del artículo 14 de la Constitución española, el trato que se otorga al personal laboral temporal, al resultar excluido, de la posibilidad de acceso al grado I de la carrera profesional, pues así se deriva de la exigencia en el artículo 6 de la Orden impugnada. (...)

Resulta evidente la diferencia de trato que establece el sistema de carrera diseñado entre, por un lado, los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo y, por otro, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada, ello en la medida que excluye a los segundos de la carrera profesional horizontal que reserva para los primeros.

Y no existen razones objetivas que justifiquen esa diferencia de trato, porque lo determinante de la carrera profesional es el desempeño de las funciones propias de la categoría desde la que se pretende acceder y no el carácter fijo o temporal del nombramiento mediante el cual se desarrolla la actividad profesional de que se trate, resultando indiscutible la identidad del trabajo realizado por el personal fijo y el temporal de la correspondiente categoría. En efecto, si la carrera profesional se vincula al desempeño de las funciones propias de la categoría profesional, el personal laboral temporal no puede quedar, sin más, excluido del acceso a la carrera profesional, dado que su nombramiento le permite ejercer las funciones propias de la categoría profesional a la que pertenece, en idénticos términos que el personal laboral fijo.

Hay que pensar que, de cara al régimen de carrera horizontal, según el artículo 17.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, han de valorarse “la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida”. Todo ello es perfectamente evaluable para el personal temporal al igual que para el fijo, por lo que si se excluye al primero cabe apreciar una discriminación injustificada.

Por otra parte, de la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español se desprende que, en cuanto al sistema extraordinario de carrera que se regula, ha de ser unitario el régimen

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

del personal fijo (sea funcionario de carrera o personal laboral fijo) y el temporal (sea funcional o laboral), pues, al tratarse de una condición de trabajo, la regulación ha de ser pareja y homogénea, a fin de evitar el riesgo de generar un trato dispar vulnerador de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE referida al principio de no discriminación, así como del artículo 14 de la Constitución española.

Cierto es que, según el artículo 82 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, “La carrera profesional y la promoción del personal laboral se harán efectivas a través de los procedimientos previstos en la legislación laboral y en los convenios colectivos”, pero ya hemos visto que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, no cabe que ni la normativa laboral ni los convenios colectivos establezcan un régimen de carrera profesional horizontal diferente para el personal laboral fijo y temporal».

5.2 Persoal sanitario temporal. Nomeamento fraudulento para praza estrutural

A Sentenza do TS do 17 de febreiro de 2021 (rec. 3321/2019, relator: Requero Ibáñez) revoga a do TSXG impugnada –que lle atribuíra a condición de “persoal indefinido non fixo” a un médico con vínculo temporal prolongado no Servizo Galego de Saúde de Galicia–, concluíndo finalmente que:

«(...) en un caso como el que enjuiciamos, en que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario la misma solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. (...)».

5.3 Acceso por sindicatos a documentación e información do departamento de persoal da Administración. Protección de datos

A Sentenza do TS do 9 de febreiro de 2021 (rec. 1229/2020, relator: Teso Gamella) confirma o pronunciamento do TSXG desfavorable á petición formulada por varios sindicatos ao Sergas de información relativa aos nomeamentos estatutarios de todos os facultativos por servizo, especificando o tipo e data de inicio de prestación do servizo, incluíndo nese rexistro tanto os nomeamentos por “cúmulo de tarefas” como as “substitucións” e outras prazas “non estruturais”. Considera o alto tribunal que:

«En el caso examinado el límite al derecho fundamental de la libertad sindical, respecto del acceso a documentación e información, se produce por el reconocimiento constitucional de otro derecho fundamental, el de la protección de datos de carácter personal. (...) De modo que debemos averiguar si los preceptos invocados – artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical –, suponen una excepción a la exigencia del consentimiento. Teniendo en cuenta que la documentación solicitada supone un volcado masivo de datos, en los términos transcritos en los fundamentos anteriores. Pues bien, ni el expresado artículo 10.3.1ª, por lo que se refiere a la equiparación, a estos efectos, de los delegados sindicales, con los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, respecto del “acceso a la misma información y documentación”, ni el citado artículo 40.1.a) que señala como función de los delegados de personal “recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento”, describen un supuesto legalmente previsto que exceptione el consentimiento de los interesados a los efectos del artículo 11.2.a) de la Ley de 1999, en un caso como el examinado en el que se solicita una cuantiosa e indiscriminada cesión de datos, sin proporcionar una mínima explicación, al tiempo de su solicitud, de la necesidad o relevancia de esos datos para el ejercicio de sus labores sindicales.

Resulta relevante, por tanto, que medie la debida relación entre los datos personales del personal estatutario que se solicitan, con la importante función sindical que se desarrolla. De modo que únicamente cuando estos datos personales son necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse exceptuados del consentimiento, pero no cuando se encuentran desvinculados o se desconozca su relación, al no haberse puesto de manifiesto su conexión con dichas funciones sindicales. (...)

En relación con al carácter no íntimo de los datos solicitados, que se invoca por la parte recurrente, conviene tener en cuenta que el derecho fundamental a la protección de datos se refiere a cualquier dato de la persona en las esferas en las que se desenvuelve. Recordemos que el ámbito de la protección de los datos tiene que ver con concepto de “privacidad”, que va más allá que la “intimidad” alegada. De modo que los datos relativos al nombre y apellidos, tipo de puesto de trabajo, o el inicio de la prestación no disociados de aquél, son datos, que, aunque no sean íntimos, están protegidos por la citada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal de 1999.

Viene al caso traer a colación la definición del “dato” que establece el artículo 3.a) de la mentada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. A estos efectos, debemos citar la STC 292/2000, de 30 de noviembre, pues aunque los datos que se solicitan son datos profesionales, lo cierto es que la protección de datos “no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean fundamentales o no, porque su objeto no es solo la intimidación individual”, toda vez que tiene su amparo en el artículo 18.4 CE, y no en el artículo 18.1 CE, relativo a protección de los datos personales».

5.4 Complementos de produtividade fixos e regulares. Desnaturalización. Equivalen realmente a complemento específico, polo que deben aboarse en períodos de vacacións e permisos

Examina o TSXG, na súa Sentenza do 10 de marzo de 2021 (rec. 407/2020, relator: Seoane Pesqueira), o peculiar réxime dos axentes facultativos ambientais da Xunta de Galicia, que perciben durante 4 meses do ano un “complemento de produtividade” lineal e fixo. Determina a procedencia do seu aboamento durante os períodos de vacacións, permisos retribuídos e baixas desfrutadas durante ese intervalo, como se formase parte do complemento específico. Considera o tribunal que:

«(...) En orden a determinar la auténtica naturaleza de dicha retribución hay que tener en cuenta que las cosas son lo que son, al margen de la denominación que se le otorgue, por lo que el hecho de que en el artículo 7 de la Orden de 21/3/2005 se denomine como complemento de productividad ni resuelve la controversia ni despeja las dudas.

A la vista de los mencionados artículos 2 y 7 de la Orden de 21/3/2005, si la necesidad de realizar guardias de 12 horas en épocas de alto riesgo forestal se asocia prioritariamente al desempeño de la actividad propia del puesto de trabajo en esos períodos, no cabe duda de que no se trata propiamente de un complemento de productividad, que se caracteriza por su naturaleza subjetiva, sino de un complemento objetivo anudado a las características del puesto en esas épocas del año. Por ello, no puede compartirse el criterio de la Xunta de Galicia de que la retribución tiene carácter personalista y subjetivo, pues no es cierto que se abone en función de una concreta actividad extraordinaria, sino de una característica del puesto en esas determinadas épocas del año. La única peculiaridad es que esa condición del puesto no es permanente para todo el año, sino que se ciñe al período extraordinario en que se incrementa el riesgo de incendios forestales, pero ello no deja de constituir una peculiaridad del puesto que se identifica con una de las condiciones en que se desarrolla el trabajo, tal como exige el artículo 24.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, para uno de los grupos de las retribuciones complementarias, en concreto las ligadas a las condiciones del puesto, y el artículo 137.2.b) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, para el complemento de puesto de trabajo.

En definitiva, en esa época del año de mayor riesgo forestal se altera una de las características del puesto desempeñado, cual es el horario y los días de prestación del servicio, pues han de realizarse guardias de 12 horas durante todo el mes en lugar

de turnos de 7 horas, no se realiza trabajo nocturno y se produce una disminución de días de trabajo en festivo y fines de semana, por lo que no cabe duda de que la retribución que remunera esa diferente condición en que se desarrolla el trabajo ha de incardinarse entre las retribuciones complementarias de carácter objetivo. Coadyuva a la anterior conclusión el hecho de que no se percibe la retribución tras un análisis individualizado sobre el especial rendimiento, actividad extraordinaria, interés o iniciativa con que el funcionario desempeña el trabajo, parámetros relevantes para el complemento de productividad, según la disposición transitoria 10ª de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia.

Además, se trata de una retribución fija en su cuantía y periódica en su devengo, pues está predeterminada en aquel artículo 7 con los incrementos establecidos en la Ley de presupuestos para las retribuciones de los funcionarios de la Xunta de Galicia a partir del ejercicio de 2006, lo cual constituye un argumento más para deducir su carácter objetivo y descartar la naturaleza subjetiva que es propia del complemento de productividad, de modo que, aunque se le denomine así en aquel artículo 7 de la Orden de 21/3/2005, aparece claramente desnaturalizado.

Dado ese carácter objetivo de la remuneración contenida en el artículo 7 de la Orden de 21 de marzo de 2005, necesariamente ha de regir el principio de neutralidad salarial en períodos vacacionales o de disfrute de permisos, pues no puede exigirse la efectiva prestación de servicios para cobrar esos conceptos, debido a que son ordinarios, no subjetivos ni extraordinarios.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de diciembre de 2019 (recurso 101/2019) y 21 de julio de 2020 (recurso 2616/2019), al tratar de la compensación durante las vacaciones anuales de la cantidad que perciben los funcionarios policiales por prestar servicios en turnos rotatorios, descartando que se trate de una gratificación y concluyendo que estamos ante una retribución complementaria que, por tanto, debe percibirse también durante las vacaciones anuales retribuidas. La STS de 1 de octubre de 2020 incide asimismo en el carácter objetivo de la retribución, también llamada impropia-mente complemento de productividad, que percibe el personal de servicio de extinción de incendios, al ser una remuneración ordinaria por los servicios que se prestan regularmente.

Respaldan la misma postura 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), que interpretan el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, y entienden que dicho precepto se opone a una normativa nacional que en las vacaciones anuales solamente retribuye al trabajador con su salario base y no, también, con los complementos».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

6 Tributos

6.1 Xestión do imposto sobre o valor engadido. Autonomía financeira das comunidades autónomas

O TS, na súa Sentenza do 23 de abril de 2021 (rec. 231/2020, relator: Bandrés Sánchez-Cruzat), estima en parte o recurso contencioso-administrativo interposto pola Xunta de Galicia fronte á desestimación presunta da reclamación que dirixiu ao Consello de Ministros de adopción das medidas necesarias para compensar a Comunidade Autónoma de Galicia polo desfasamento financeiro producido na liquidación do imposto sobre o valor engadido correspondente ao exercicio de 2017, condenando a Administración xeral do Estado á dita compensación, «que vendrá determinada por la diferencia entre el resultado de la liquidación practicada por el Ministerio de Hacienda y la que habría resultado de computar en dicha liquidación la recaudación del IVA correspondiente a doce mensualidades, incluyendo, por tanto, la correspondiente el mes de noviembre de 2017, a la que deberá añadirse el abono de los intereses legales».

Nesta sentenza o alto tribunal conclúe:

«(...) en los mismos términos que hemos expuesto en la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2021, resolviendo el recurso contencioso-administrativo 286/2020, que el desequilibrio derivado de la aplicación de la metodología instaurada por el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, determinó la vulneración del derecho a la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma, pues es notoria la disfunción que se deriva del hecho de que las entregas a cuenta se le abonasen en doce mensualidades y, en cambio, en la liquidación definitiva se atendiese únicamente a la recaudación de IVA correspondiente a once mensualidades, derivándose de ello un resultado anómalo.

En la mecánica del sistema regulado en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y en concreto, en lo que se refiere a la recaudación por IVA (artículo 13), es innegable que la liquidación final pueda variar en relación con las entregas a cuenta; pero, como señala la parte demandante, tal discordancia únicamente debe reflejar la diferencia que pueda existir entre las estimaciones que sirven de base para el cálculo de las entregas a cuenta y las cantidades que luego resultan efectivamente recaudadas. Lo que constituye una anomalía es que la diferencia a florada en la liquidación definitiva venga dada, en todo o en parte, no porque la recaudación efectiva se aparte de las estimaciones iniciales sino porque las entregas a cuenta se calcularon y se abonaron para doce mensualidades y, en cambio, al practicar la liquidación definitiva se atendió a la recaudación de sólo once mensualidades.

De este modo, la aplicación de una norma reglamentaria –Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre– trajo consigo una alteración en las reglas del sistema de financiación autonómico establecido legalmente, produciendo un desequilibrio

que es necesario corregir, al haberse producido un quebranto financiero para la Comunidad Autónoma demandante y, correlativamente, un enriquecimiento indebido para la Administración del Estado.

De este resultado anómalo que venimos describiendo se mostró persuadida la Administración del Estado antes del inicio de este proceso, como pusieron de manifiesto aquellas iniciativas de arreglo extraprocesal a las que antes nos hemos referido y que a la postre resultaron fallidas. Por ello, el principio de lealtad institucional en la actuación de las administraciones públicas (artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) puesto en relación con el artículo 103.1 de la Constitución habría exigido que por parte de dicha Administración se diese a la reclamación de compensación una respuesta muy distinta a la desestimación presunta que constituye el objeto de este proceso. Al respecto, resulta relevante poner de manifiesto los intentos fallidos emprendidos por la Xunta de Galicia para tratar de solucionar el desequilibrio financiero (...)».

6.2 Imposto de sucesións e doazóns. Valoración do ben transmitido. Doutrina do “dobre tiro”

Na Sentenza do 11 de marzo de 2021 (rec. 80/2019, relator: Díaz Delgado) o TS estima o recurso interposto contra unha terceira liquidación do imposto de sucesións da Xunta de Galicia e anúlaa aplicando o criterio xurisprudencial do “dobre tiro”. Practicáranse anteriormente, sobre o mesmo obxecto e período impositivo, dúas liquidacións tributarias sucesivas que foron anuladas por falta de motivación da valoración dos bens transmitidos. O TS incide nesta sentenza en que:

«(...) Es designio, pues, del legislador que lo comprobado (o inspeccionado) limitadamente, y que ha dado lugar a una liquidación provisional, no pueda ser objeto de nueva regularización, con la excepción expresada de que se obtengan nuevos hechos en actuaciones distintas de las que fueron objeto de la comprobación limitada. Este concepto, el de “actuaciones distintas”, sólo puede ser integrado atendiendo a la propia disciplina del procedimiento de comprobación limitada, en el que se trata de comprobar hechos y elementos de la obligación tributaria mediante, en lo que ahora interesa, el examen de los datos proporcionados por los obligados tributarios y de los que se encuentran en poder de la Administración. Es decir, el objeto es “los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria” y el medio es el “examen de los datos” consignados por los obligados o a disposición de la Administración. Siendo así, lleva toda la razón la Sala de instancia cuando, en el segundo fundamento jurídico de su sentencia (antepenúltimo párrafo), afirma que el ámbito de la comprobación limitada se ha de predicar del “concepto impositivo” que determina la práctica de una “liquidación provisional” (...). Haría padecer la seguridad jurídica proclamada por nuestra Constitución al más alto nivel (artículo 9.3) que, realizada una comprobación limitada de un determinado

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

elemento de la obligación tributaria (v.gr.: la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios), pese a tener a su disposición todos los datos precisos (por haberlos suministrado el obligado o por contar ya con ellos), la Administración se concentre a su albur sólo en alguno de ellos, aprobando la oportuna liquidación provisional, para más adelante regularizar y liquidar de nuevo atendiendo al mismo elemento de la obligación tributaria, pero analizando datos a los que no atendió cuando debía, pese a poder hacerlo por disponer ya de ellos. (...) haría padecer la seguridad jurídica proclamada por nuestra Constitución (artículo 9.3) que contando la Administración con toda la documentación precisa para regularizar la obligación tributaria, o pudiendo haber contado con ella de haber sido requerida, se limite a su “albur” a comprobar algún elemento de la obligación tributaria, dictando resolución expresa aprobatoria de una liquidación provisional o, en su caso, manifestando que no procede realizar regularización alguna como consecuencia de la comprobación, como ocurrió en el caso examinado, para más adelante regularizar de nuevo por el mismo concepto impositivo y periodo, solicitando documentación distinta a la que fue requerida en el primero, sin que existan nuevos hechos o datos que la Administración no pudiera haber solicitado a la contribuyente en la primera comprobación realizada».

6.3 Indebida inclusión do canon da auga na base imponible do imposto do valor engadido

A Sentenza do TS do 3 de marzo de 2021 (rec. 6493/2019, relator: Córdoba Castroverde) estima o recurso interposto polo Concello de Bóveda (Lugo) contra liquidacións do imposto do valor engadido relacionadas co “canon da auga”, concluíndo que a interpretación de:

«los artículos 7.8º.F).b’) y 78.Dos.4º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido debe ser que el consumo de agua no puede equipararse a la prestación del servicio de suministro de agua, por lo que el canon del agua no se puede incluir en la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido».

7 Universidades

7.1 Recoñecemento de sexenios. Silencio administrativo negativo

O TS, na súa sentenza do 7 de abril de 2021 (rec. 4086/2019, relator: Díez- Picazo Giménez), rectifica o criterio precedente de varios TSX (incluído o de Galicia), concluíndo que no procedemento administrativo de recoñecemento de sexenios ao persoal docente universitario a superación do prazo máximo para resolver xera un silencio negativo, desestimatorio da solicitude do sexenio:

«(...) esta Sala estima conveniente comenzar por el sentido del silencio en el procedimiento administrativo de evaluación de la actividad investigadora, destacando que no puede por menos de estar plenamente de acuerdo con las razones aducidas por la Abogada del Estado: la disposición final 26ª de la Ley 22/2013 es una norma legal en vigor; es una norma legal que modificó el sentido del silencio en este tipo de procedimiento administrativo, estableciendo que en adelante sea negativo; y, por ello mismo, es una norma legal que recoge una regla especial. Más aún, no tendría sentido, como muy razonablemente dice la Abogada del Estado, interpretar la derogación del anterior régimen del silencio operada por la mencionada disposición final 26ª de la Ley 22/2013 de tal manera que el sentido del silencio acabara siendo el mismo que antes de dicha derogación. Ello privaría a esta norma legal de cualquier efecto útil, transformándola en un enunciado vacío de significado jurídico. Así las cosas, forzoso es concluir que el sentido del silencio en el procedimiento aquí examinado se rige por una *lex specialis*, que lo configura como negativo (...)».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 241-243
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4756>
© Mercedes Fuertes López
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 13/05/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas

61 Regap

Regap



RECENSIONES

MERCEDES FUERTES LÓPEZ
Catedrática de Dereito Administrativo
Universidade de León

<https://orcid.org/0000-0002-3347-622X>

mercedes.fuertes@unileon.es

BOTO ÁLVAREZ, A.: *Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, 317 pp. ISBN: 978-84-1355-940-7.

Venire contra factum proprium non valet é un brocardo que apunta unha sinxela coherencia no comportamento. Non obstante, a profesora Alejandra Boto proponnos que a sigamos nunha análise sosegada a través desta nova monografía, cuxa lectura recomendo, a pesar de que sucesivas reformas normativas pouco meditadas reclaman a nosa atención. Resulta máis formativo asentarse de xeito sólido as figuras xurídicas e, sobre todo, advertir ata que punto son eficaces para facilitar as relacións xurídicas ou resolver conflitos existentes, máxime cando os avances tecnolóxicos están a abrir novas portas que dan a campos sementados de moitas interrogantes.

Contar cun firme coñecemento é o que permite advertir os cambios necesarios de perspectivas e, mesmo, de paradigmas. Ata a tan atractiva “intelixencia artificial” aparece mencionada neste libro. Sen dúbida é necesario reflexionar ante as decisións automatizadas e, sobre todo, ao que realmente constitúe esa “intelixencia artificial”, isto é, a que ofrecerá outras resolucións distintas ás inicialmente programadas.

Pero, antes de quedar atrapados polas novas tecnoloxías, atendamos a este libro que constitúe un bo exemplo de reflexión xurídica e de madurez de pensamento, unha madurez que parte na súa primeira liña co agradecemento ao seu mestre, ao profesor Leopoldo Tolivar. É na escoita, no enriquecedor diálogo entre mestre e discípulo, onde xorden esas luces atractivas que levan ao inicio de novos estudos.

Os fitos que nos propón a autora para seguir a súa exposición están nitidamente sinalados, o que consegue que as sucesivas etapas de capítulos e epígrafes aparezan como lóxicas e a lectura sexa áxil.

Cómpre empezar polas referencias clásicas do *Dixesto* e dos glosadores, pola obra tan substanciosa da doutrina privatista, polas achegas que construíron con rigor os publicistas, uns estudos que lle permiten á autora, co seu fino estilete, recordarnos o esencial que ese brocardo alberga e explicar os matices con outras asociacións de ideas que xorden, como son os tópicos, as máximas ou as regras. Con rigor xurídico separa e diferencia ese presuposto de coherencia, de primeira vinculación voluntaria que mostra ese *venire contra* con outras situacións en que hai que dilucidar sobre a torpeza ou a boa fe. Do mesmo xeito, debe diferenciarse de sólidos principios xurídicos, da natureza dos cales carece, como a seguridade, a interdición da arbitrariedade, a protección da confianza lexítima... E é que as relacións xurídicas son ricas de ingredientes e perspectivas e non hai que reducilas á simplicidade dun brocardo latino.

Tras esas páxinas consistentes, a excursión avanza por numerosas dependencias xudiciais e administrativas. A reflexión non se fai unicamente baixo un flexo, como lle gustaba lembrar a Ramón Martín Mateo, senón que cómpre mirar pola ventá e saír e observar a plena luz do día como se aplica o dereito, que eficacia ten tanta doutrina, no que sempre insiste outro gran mestre, Alejandro Nieto.

O concienciado estudo de Alejandra Boto lévanos ás altas instancias europeas. Primeiro achéganos a Estrasburgo para coñecer a xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, chamándonos a atención sobre algúns votos particulares certamente ilustrativos. Logo trasládanos a Luxemburgo para resaltar a esgrima existente no Tribunal da Unión e os problemas de harmonización do dereito europeo, unha viaxe que continúa con tres etapas enriquecedoras polo dereito inglés, francés e italiano, onde a invocación a fórmulas –non sempre similares– conta con peculiares matices.

Coñecidas estas pautas de dereito comparado, a ruta céntrase no dereito español: en que casos se invoca este brocardo?, atopa acollida nos nosos tribunais de xustiza? A análise xurisprudencial é extensa. O anteollos de Alejandra vai xirando sobre un amplo mapa para que poidamos coñecer moitos ámbitos ao repasar a súa invocación en diferentes actuacións e procedementos administrativos. A súa exposición é froito do gran traballo realizado. Dános noticia das consecuencias reais ante a súa invocación

na discusión de sancións administrativas, no coidado ambiental, na disciplina urbanística, nas actuacións de contratación, na revisión de subvencións... Páxinas que mostran argumentacións onde este brocardo concorre con apelacións á incoherencia, á torpeza e erros, á inseguridade, á quebra da confianza, etc. Os avogados atoparán numerosas pistas argumentais nesta minuciosa análise.

E o texto continúa. A autora non pode disimular a súa ampla curiosidade e notable ambición por saber. Unha universitaria que quere realmente afondar no estudo e non simplemente contar con outra publicación para encher un formulario ante a axencia correspondente. Porque a actuación administrativa é rica en escenarios e en protagonistas. De aí o interese maiúsculo dos seguintes capítulos, nos cales resume substanciosos ditames de órganos consultivos con precisións suxestivas, xa que foi tradicionalmente na análise da revisión de oficio onde algúns aloxamos as explicacións deste brocardo para facilitarlle o estudo ao alumnado.

O interese das decisións doutros órganos atopa acollida no seguinte capítulo. En concreto, a posición que mantén a Axencia Española de Protección de Datos ante os comportamentos privados que consentiron de xeito previo; ou as resolucións dos órganos que resolven os recursos especiais en materia de contratación cos comportamentos, por exemplo, das mesas ou dos licitadores.

O libro conclúe cunhas reflexións en que a autora exhibe de novo a súa madurez xurídica ao sinalar os fitos máis relevantes para facilitar unha reconsideración da utilidade práctica deste sinxelo brocardo. En fin, un estudo coherente que corrobora que quen xa desde hai anos valoramos o traballo de Alejandra Boto non nos vexamos obrigados a *venire contra iudicium proprium*.

REGAP



RECENSIONES



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 245-247
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4714>
© Noel Armas Castilla

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 05/02/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

El derecho de acceso a la información pública

61 Regap

Regap



RECENSIONES

NOEL ARMAS CASTILLA
Universidade de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-3171-3279>

noel.armas@outlook.es

GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, 872 pp. ISBN: 978-84-1378-234-8.

Este libro expón o froito das investigacións que realizaron os catedráticos en Dereito Administrativo da Universidade de Sevilla Emilio Guichot Reina e Concepción Barrero Rodríguez. Os autores, ademais de reputados estudosos na materia, formaron parte de varios proxectos de investigación relacionados coa transparencia, de cuxas conclusións se nutre este libro.

Con este traballo, os autores estudan que repercusión comportou a aprobación da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (en diante, Lei 19/2013), así como o labor do Consello Estatal de

Transparencia e as súas réplicas autonómicas. O libro recolle os aspectos claves que configuran a transparencia no noso ordenamento e, en xeral, analiza desde un punto de vista xurídico-crítico o estado da dita materia en España e a súa evolución nos últimos anos. As bondades deste libro son moitas: en primeiro lugar, pódese comprobar doadamente que o estudo trata de xeito moi completo e profuso o estado da cuestión; permite coñecer como se fraguou o dereito de acceso á información pública da man de investigadores que seguiron a traxectoria desta normativa desde a propia concepción da lei, o que reviste o traballo de bastante autoridade. E o que é aínda máis importante: o libro achega uns datos moi interesantes de cara á formación de doutrina, tan necesaria para a interpretación e comprensión dunha materia que, como esta, aínda está a dar os seus primeiros pasos no noso ordenamento xurídico.

Para iso, os autores estruturaron a obra, cun criterio bastante lóxico, en cinco capítulos, dos cales a continuación se fai unha recensión.

- No primeiro capítulo, abórdanse as cuestións xerais en materia de transparencia. Serve de contexto para comprender os antecedentes en que se aproba a lei estatal e o réxime de competencias con que se desenvolve nas comunidades autónomas, cuestión esta última nada banal tendo en conta as particularidades organizativas do Estado español. Os autores teorizan sobre o dereito de acceso á información pública e compáranlo co dereito de publicidade activa.

- Xa no capítulo segundo pormenorízanse algúns dos elementos da transparencia, como os seus ámbitos subxectivo e obxectivo. No que concirne ao eido subxectivo da norma, prodúcese grande interese a fonda análise a que se somete a lista de suxeitos obrigados que incardina o artigo 2 da Lei 19/2013. Aínda que na obra recensionada non se segue exactamente a orde que o lexislador deu na redacción do dito artigo, si se extraen e comentan estas entidades segundo a súa tipoloxía. Algúns destes suxeitos son as administracións públicas, as sociedades mercantís participadas en máis do 50 % por suxeitos previstos no artigo 2 da lei, as fundacións públicas, a Casa Real e outros suxeitos como o Congreso dos Deputados ou o Senado (cando actúan dentro das marxes do dereito administrativo), corporacións de dereito público como comunidades de regantes, colexios profesionais e consellos de colexios profesionais (tamén cando actúan dentro dos límites do dereito administrativo), así como as asociacións constituídas polas administracións e organismos descritos neste mesmo artigo da norma.

Tamén se contribúe a acoutar unha definición doutrinal do concepto de información pública, cuxas vicisitudes, como se desprende do libro, presentan certas complexidades meritorias de estudo.

- O capítulo terceiro examina o réxime dos límites no acceso á información. Tipifícanse estes límites en varias grandes ramas: os relativos ao interese público (seguridade nacional, defensa, relacións exteriores, seguridade pública, política económica e monetaria, medio ambiente), os vinculados á integridade dos procedementos administrativos e xudiciais, os conectados coa protección de dereitos e intereses de contido económico (comerciais, segredo profesional, propiedade intelectual e propiedade industrial) e os relacionados coa privacidade (aquí son de especial

interese os conflitos e a ponderación de intereses que se produce na fronteira entre os datos persoais e os de interese público). O alto grao de completude dos supostos considerados no capítulo fai moi útil a súa lectura.

- A continuación, o cuarto capítulo, que afonda en aspectos procedementais, inspecciona o xeito en que se pode accionar o dereito de acceso á información previsto no artigo 17 da Lei 19/2013. En concreto, estúdase a iniciación do procedemento (suxeitos, contidos, medios de presentación), supostos de inadmisión de solicitudes, tramitación da solicitude (emenda, audiencia...) e a resolución. Afóndase de xeito moi expresivo en cada un destes estadios do procedemento, o que se enriquece co estudo do réxime de impugnacións (arts. 23 e 24 da Lei 19/2013), do que tamén se refiren as consideracións que se deben ter en conta ao longo do procedemento, así como a tramitación das impugnacións (requisitos de presentación, trámites, resolución, etc.).

- O quinto capítulo, a xeito de peche, revisa as regulacións especiais a que se refire a disposición adicional primeira da Lei 19/2013, ao establecer que "(...) se rexerán pola súa normativa específica, e por esta lei con carácter supletorio, aquelas materias que teñan previsto un réxime xurídico específico de acceso á información". É moi interesante porque permite que o libro remate sen esquecer aqueles supostos que, pola súa natureza, estean suxeitos a normas específicas. Resultan de especial atención as mencións que se realizan á normativa en materia de segredos oficiais e a súa proximidade cos límites a que se refire o artigo 14 da Lei 19/2013 referentes á seguridade nacional, defensa, relacións exteriores e seguridade pública.

En conxunto, e para concluír, podemos determinar que a obra obxecto de recensión ofrece unha visión moi interesante sobre o estado en que se atopa o dereito ao acceso á información pública en España. A autoría do libro é sen lugar a dúbidas unha garantía da calidade da obra, ao estar asinada por dous catedráticos de Dereito Administrativo de recoñecido prestixio e cuxas investigacións estiveron vinculadas á transparencia; en calquera caso, o que fai especialmente atractivo este libro é o grao con que contempla e desenvolve tantos aspectos previstos na Lei 19/2013. Dada a xuventude desta lei, estes aspectos están aínda por asentar, co que a obra é un importante pulo para achegar doutrina á materia que, como se anuncia no libro e na data de redacción desta recensión, aínda queda pendente de desenvolvemento no seu correspondente regulamento.

Regap



RECENSIONES



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 249-254
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4720>
© Anxo Varela Hernández
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 07/04/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Buen gobierno y buena administración. Cuestiones clave

61 Regap

Regap



RECENSIONES

ANXO VARELA HERNÁNDEZ
Universidade de Santiago de Compostela
anxovarelahernandez@gmail.com

ZAMBONINO PULITO, M. (dir.): *Buen gobierno y buena administración. Cuestiones claves*, Editorial Iustel, Madrid, 2019, 271 pp. ISBN: 978-84-9890-374-4.

Nesta recensión trataremos de abordar dun xeito sintético pero amplo e claro (aínda que deténdonos en capítulos concretos pola súa transcendencia xurídica e sociolóxica) o contido do libro *Buen gobierno y buena administración. Cuestiones claves*, dirixido pola catedrática de Dereito Administrativo da Universidade de Cádiz María Zambonino Pulito, que, ademais de contar cunha ampla traxectoria docente e de xestión, realiza unha profusa actividade investigadora. É precisamente no seo do Proxecto I+D+i do

Ministerio de Economía e Competitividade¹ *Los retos de la Gobernanza para el Derecho Administrativo: buen gobierno y buena administración. Su proyección en las políticas públicas (DER2016-77513-R)*, financiado pola Axencia Estatal de Investigación (AEI) e o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER), onde xorde a obra colectiva agora analizada, que se constitúe como o porto de chegada dunha complexa tarefa investigadora que se comezou a desenvolver no ano 2016 e que ten como obxectivo, en palabras da autora, revisar institucións básicas da disciplina relacionadas coa organización e a actividade formal da Administración.

O precitado texto, partindo casualmente da análise semántica do seu título, divídese en dúas partes: bo goberno e boa administración, estrutura que pretende, sen máis, permitir ao lector especializado na materia e a aquel que unicamente pretende afondar nos seus coñecementos de dereito público e, polo tanto, reforzar a súa posición como cidadán, inferir o concepto de gobernanza².

Este termo constitúese como o fundamento lóxico deste libro e do proxecto de que forma parte. A súa abordaxe recóllese dun xeito pormenorizado (tal como se indica na presentación do libro agora examinado), na Comunicación da Comisión do 25 de xullo de 2001 *La gobernanza europea. Un libro blanco*, que pretende abrir o continuo deseño da Unión Europea á súa cidadanía, partindo de principios como o de transparencia, para chegar a conseguir non só unha maior vinculación das persoas coa propia organización internacional, senón tamén para alcanzar unha resposta máis eficaz que reforce un dos piares da Unión recollido en forma de valor fundamental no artigo 2 do Tratado de Lisboa³: a democracia. De feito, xa no artigo precedente se indica que “o presente tratado constitúe unha nova etapa no proceso creador da Unión (...) en que as decisións serán tomadas da forma máis aberta e próxima aos cidadáns posible”. Nun sentido semellante pronúncianse outras normas que integran o acervo comunitario, así como os dereitos estatais dos diferentes Estados que integran a UE, destacando en España a Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, ou mesmo na Comunidade Autónoma de Galicia a Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno⁴.

Para afondar no significado do termo gobernanza, analizado desde o particular prisma do dereito administrativo (aínda que tamén, puntualmente, desde a análise sociolóxica que lle permite ao lector adquirir unha visión omnicompreensiva da

¹ Denominado Ministerio de Asuntos Económicos e Transformación Dixital desde o 13 de xaneiro de 2020 a partir da publicación no BOE do Real decreto 8/2020, do 12 de xaneiro, polo que se nomean ministros do Goberno. Acceso web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-416.

² Termo xurdido do francés *gouvernance* e traducido, entre outros, ao español como *gobernanza*, ao inglés como *governance* e ao portugués como *governança*. Así mesmo, diferenciado, por exemplo, de conceptos recollidos na Real Academia Galega como gobernabilidade, que, pola contra, non recolle a existencia de gobernanza. Acceso web: <https://aplicacions.usc.es/buscatermos/publica/buscas/busca.htm#127542>.

³ Instrumento de Ratificación do Tratado polo que se modifican o Tratado da UE e o Tratado Constitutivo da CE, feito en Lisboa o 13 de decembro de 2007. Acceso web: <https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/12/13/1>.

⁴ Esta corrente, que parece pretender a maior participación cidadá das persoas no desenvolvemento social, económico e lexislativo, entre outros, dos seus países, non só arraigou en Europa nesta segunda década do século XXI, senón tamén noutros países do mundo, como en América Latina, tal como se pode comprobar tras a lectura de diferentes documentos oficiais creados no seo da Organización dos Estados Americanos (OEA) e do Departamento para a Xestión Pública Efectiva. Acceso web: <http://www.oas.org/es/sap/dgpe/default.asp>.

devandita idea, que sitúe facticamente a súa conceptualización xurídica), cada unha das partes divídese en catro capítulos, abordándose en cada un destes temáticas moi concretas e específicas que, pola contra, permiten unha ampla análise xa non só da propia noción de gobernanza, senón tamén dos valores, principios e consecuencias prácticas que encarna para o Estado español no seu conxunto e, en particular, para a Administración pública nos seus diferentes niveis.

No primeiro capítulo, elaborado polo tamén catedrático de Dereito Administrativo Severiano Fernández Ramos, estúdase o referendo⁵ municipal desde un punto de vista crítico e científico, xa que, ademais de facer unha síntese da regulación autonómica existente, abórdanse os dous posibles xeitos de ordenar a citada consulta e as minuciosidades que se deben respectar á hora de facelo. Este capítulo elaborábase tendo como eixe a Lei orgánica 2/1980, do 18 de xaneiro, de regulación das distintas modalidades de referendo, que vai mais alá da Constitución española de 1978 e dá cabida á consulta celebrada polos concellos en relación con asuntos relevantes de índole municipal, enmarcando a ordenación das precitadas consultas na lexislación de réxime local, aínda que, na medida en que se alude ás consultas especificamente referendarias, exíxese a autorización estatal.

Xa nas primeiras páxinas ponse de manifesto a pouca experiencia lexislativa que neste sentido hai no Estado español, destacando a Lei 8/1987, do 15 de abril, existente na Comunidade Autónoma de Cataluña, e seguidamente a de Navarra, Andalucía e, por último, a das Illas Baleares. Así mesmo, faise fincapé no feito de que a regulación se aborde mediante leis, o que se estima procedente partindo do desenvolvemento case primario (debido á escasa amplitude da LRBRL) dun dereito fundamental contido no artigo 23, parágrafo primeiro, da nosa carta magna. Con todo, este catedrático de Dereito Administrativo vai mais alá e indaga na iniciativa da propia consulta, no procedemento da iniciativa popular, así como nos obxectos e límites dela. Finalmente, abórdase a epígrafe relativa á autorización da consulta polo Goberno, existindo no abano xurídico autonómico diferentes postas en práctica do proceso. Emporiso, decántase o autor pola opción de que sexa o propio concello quen directamente dirixa tal solicitude ao Goberno da nación, máxime nun momento en que as administracións públicas están obrigadas a relacionarse por medios electrónicos, resultando inútil e ilóxica a necesidade de que sexa o Goberno autonómico correspondente quen se constitúa como intermediario.

No segundo dos capítulos, a profesora María Eugenia Teijeiro Lillo explica o proceso de implantación da transparencia na Administración local. De feito, resulta especialmente importante abordar neste nivel o concepto de transparencia no seu sentido xurídico por ser esta a Administración territorial que máis preto se atopa dos problemas, necesidades e conflitos dos cidadáns e, polo tanto, a que mellor pode facilitar as canles de comunicación e control sen que se esvaeza o parecer directo da cidadanía. Seguindo este eixe vertebrador, é a propia Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (en diante, LTBG), a que alude ao portal de transparencia municipal, así como á carta de servizos, que se

⁵ Concepto recollido na Sentenza do Tribunal Constitucional 12/2008, do 29 de xaneiro, entre outras.

constitúe como o instrumento a través do que a Administración informa a cidadanía sobre os servizos, dereitos e compromisos establecidos⁶. Porén, nas seguintes páxinas noméase o posible enfrontamento co deber legal de confidencialidade, existindo, para velar polos dereitos da cidadanía enumerados na precitada lei, o Consello de Transparencia e Bo Goberno⁷, que, segundo se manifesta nesta obra, ten unha cuádrupla función, que, sen máis, se resume na avaliación do grao de cumprimento da lei. Neste sentido, convén salientar que este elaborará unha memoria anual que se presenta nas Cortes Xerais e se publica no BOE, na cal, como dicíamos, se analiza en sentido amplo a existencia dun dereito efectivo da cidadanía de gozar non só da posibilidade de pedir información (dereito de acceso á información pública), senón tamén da exixencia de tela á disposición sen necesidade de petición previa (publicidade activa)⁸. Así mesmo, remata o capítulo cun estudo casuístico sobre a valoración da transparencia desde o ano 2015 ata o ano 2018.

Seguidamente, José María Pérez Monguió e Jacinto M. Porro Gutiérrez analizan, respectivamente, os instrumentos de participación cidadá e a participación cidadá enfocada na orientación deliberativa dos gobernos locais. Ambos son profesores titulares da Universidade de Cádiz: o primeiro de Dereito Administrativo e o segundo de Socioloxía. Este feito achega un matiz interesante e permite unha análise ampla e interdisciplinaria desta temática concreta. Podemos afirmar, tras a lectura do capítulo terceiro e cuarto, que existen, cando menos, cinco instrumentos de participación cidadá recollidos non só en distintas disposicións autonómicas, senón tamén en diferentes estatutos de autonomía, como no artigo 71.27 da Lei orgánica 5/2007, do 20 de abril, referente ao Estatuto de autonomía de Aragón. Enuméranse entón unha serie de instrumentos que lles imponen ás diferentes administracións a obriga de respectar principios como o de igualdade, pluralidade ou corresponsabilidade, tal como indica o autor logo de sinalar nunha sintética táboa a existencia de cada un deles e a súa correlativa plasmación normativa nos diferentes textos legais que se atopan recollidos no ordenamento xurídico español. Estes son: as audiencias públicas, as enquisas, os foros de participación e os paneis e os xurados cidadáns. Pechando o capítulo, abórdase a temática referente aos suxeitos lexitimados para participaren. Ademais, ponse de manifesto a posibilidade de que non só participe o pobo de xeito directo, senón que se poida producir a representación a través de entidades cidadás⁹, sempre e cando estas desenvolvan a súa actividade na comunidade autónoma en que se vai producir a devandita participación, artellada por exemplo a través dalgún dos instrumentos nomeados e sempre que se atopen inscritas no rexistro de participación, tal como se expón no capítulo de José María Pérez Monguió. Non obstante, tal como pensa fundamentamente o autor e recolle algún texto legal, como a Lei 8/2015, do 25 de marzo, de transparencia da

⁶ Definición completa na web: https://sede.administracion.gob.es/PAG_Sede/CartaServicios.html.

⁷ Organismo público e independente que non se crea *ad hoc* para o control da exixencia de transparencia respecto das administracións locais, senón que é o encargado de promover a transparencia pública en termos xerais. Acceso web: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/index.html.

⁸ Artigos 12 e ss. da LTBG para o dereito de acceso á información pública, e artigos 5 e ss. para a publicidade activa.

⁹ Respecto destas, non se exige personalidade xurídica e, de feito, tal como se indica na obra, recoñéceselles esta condición a distintos tipos de entidades, incluso privadas, así como a redes cidadás ou plataformas, entre outras.

actividade pública e participación cidadá de Aragón, o non cumprimento desta última exigencia formal non debería impedir o exercicio do dereito. Alén do afirmado, o autor afonda na imprescindible deliberación á hora de gobernar e no concepto de gobernanza, constituíndose esta como a idea dun goberno compartido, onde conflúen o goberno tradicional e os actores da sociedade civil, superando deste modo a exclusividade das institucións e actores estatais na xestión dos asuntos públicos.

Tras a abordaxe dos diferentes presupostos participativos e dunha análise práctica da diversidade política ou territorial en España, iníciase o artigo da profesora María Isabel Rivas Castillo, que versa sobre as relacións electrónicas entre administracións públicas, así como a interesante análise da directora desta obra colectiva, María Zambonino Pulito, que estuda a posición do interesado ante o trámite. Afírmase entón a necesidade de dar unha plasmación normativa a un tanxible crecemento fáctico da utilización do contorno virtual para dotar a Administración dunha serie de límites e facultades que permitan unha correcta interconexión no seo desta. Aparellado a este feito nace a inevitable análise do interesado ante o trámite, que poderá ocupar diferentes status en función das obrigas da Administración, existindo a obriga de tramitar o procedemento, a de non tramitalo e a obriga de ditar resolución expresa; ademais, danse outras situacións pasivas do interesado no procedemento, como o caso en que a obriga orixinaria de tramitar o procedemento se enerva, en todo caso, pola concorrencia de diversas circunstancias unha vez iniciado o procedemento administrativo que fai xurdir igualmente a súa oposta ou a casuística prevista no artigo 95.4 da Lei 39/2015. Con todo, as autoras agora nomeadas inciden na normativa de protección de datos e no consentimento do administrado para rematar coa ineludible alusión á Comisión Sectorial de Administración Electrónica, que se presenta, segundo María Isabel Rivas Castillo, como o órgano técnico de cooperación entre as administracións territoriais e entidades locais en materia electrónica, creado conectando a disposición novena e mais o artigo 152 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

O broche final, logo dunha extensa análise doutrinal e normativa, achégao o capítulo desenvolto por Mercedes Silva López, que afonda na perspectiva xurisprudencial sobre un tema específico e que trata minuciosamente situacións que están a día de hoxe no imaxinario colectivo, como o dereito dos menores residentes no domicilio en caso de, por exemplo, vivendas ocupadas ilegalmente, casuística recoñecida na STS do 23 de novembro de 2017 (RX 2017/5339)¹⁰.

Con carácter previo a este capítulo de peche, reflexiona Yolanda Torres Barquilla sobre o réxime de control da Administración nas declaracións responsables, así como na materialización do control *a posteriori*. Para iso, somérxese na inescrutible posibilidade do inexistente ou tardío control por parte da propia Administración que, pola súa vez, non conta coa dita obriga, aínda que, *a contrario sensu*, si que pode derivar na exigencia de responsabilidade patrimonial das administracións públicas¹¹,

¹⁰ Acceso web: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a19608edc0d7f106b1b1e622f5ee316774a>.

¹¹ Recollida nos artigos 32 e ss. da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

xa que o inicio dunha actividade sen intervención administrativa xera unha maior posibilidade de causar danos.

En definitiva, trátase dunha obra que acolle unha penetrante análise sobre os aspectos administrativos da boa Administración e o bo goberno grazas á abordaxe de temáticas máis xeneralistas e outras máis concretas. Isto permite seguir camiñando cara á utopía dunha sociedade democrática na que o cidadán se constituía como o eixe vertebrador e na cal as relacións coa Administración, especialmente as novas maneiras de comunicación con ela e as novidosas formas de intercomunicación no seo desta se democratizen. Para conseguilo avógase polo impulso de principios básicos da actividade administrativa que permitan deixar atrás a democracia representativa para afondar en matices que lembren a democracia deliberativa acuñada por Joseph M. Bessette a finais do século XX.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 255-260
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4729>
© Emma Vioque Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 30/03/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural

61 Regap

Regap



RECENSIONES

EMMA VIOQUE MARTÍNEZ
Avogada
e.vioque@me.com

GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á.: *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2020, 170 pp. ISBN: 978-84-18244-21-6.

A autora desta obra é, na actualidade, profesora titular do Departamento de Dereito Administrativo, Financeiro e Procesual da Facultade de Dereito de Salamanca. Entre as súas múltiples liñas de investigación, merece especial atención a súa preocupación pola igualdade, sen deixar de lado outros campos como son o seu interese polo medio ambiente e o cambio climático.

Neste libro recolleuse, afondouse e abordouse a gran problemática existente para a muller no medio rural, desagregándose e analizándose as políticas actualmente existentes tendentes á implantación nun plano de igualdade da muller no ámbito

rural, destacándose a importancia do seu papel neste medio, todo iso de cara a erradicar o despoboamento, a España baleira.

Estructurado en catro capítulos, no primeiro deles a autora céntrase na conceptualización do principio de igualdade e a súa situación dentro do marco legal, considerándose este como un principio de carácter universal. Realízase todo o estudo sobre unha acomodada e perfecta referencia tanto histórica como comparada sobre as ancoraxes e o intento de configuración deste principio como un pilar sólido, eliminándose ou, polo menos, intentando eliminar calquera estereotipo de xénero. A importancia da muller no medio rural, entendida esta non como o xeral estereotipo que temos dela, senón como a dunha muller nova, con estudos superiores, fai necesaria, como ben acerta a indicar, a implantación e a busca de políticas modernizadoras, políticas sociais que abrangan tanto a asistencia sanitaria, políticas de conciliación, promocións da igualdade, oportunidades laborais, acceso a TIC, etc., todo iso co fin de dar o máximo cumprimento aos presupostos dos ODS (Obxectivos de Desenvolvemento Sustentable) das Nacións Unidas. E é que non é ata 1983 cando son recoñecidos os dereitos das mulleres como inherentes aos dereitos humanos. Cómpre destacar as mencións tan concisas que a autora realiza das metas dos Obxectivos do Desenvolvemento Sustentable, nas cales fai fincapé no dereito de titularidade da terra polas mulleres, dereito que ata hai escasos anos non era recoñecido. O seu estudo comparativo analiza os diferentes tratados da Unión Europea, para afondar nas políticas que se aplican en España e nas comunidades autónomas (CC. AA.). Baixo o Marco Nacional de Desenvolvemento Rural, cada comunidade autónoma ten o seu propio proxecto de desenvolvemento rural, e son elas as competentes para legislar de xeito específico (como, por exemplo, o Estatuto das mulleres traballadoras do País Vasco). A autora é hábil e consciente na detección de que estas políticas deben ir ligadas e vencelladas á situación xeográfica que cada poboación teña dentro do territorio nacional; así, por exemplo, na Comunidade Autónoma de Andalucía distínguense liñas de actuación diferentes para o campo e para o mar.

Baixo a denominación principal de “Muller e desenvolvemento sustentable”, o seu capítulo II iníciase con definicións conceptuais; por exemplo, qué debe entenderse por medio rural e sustentabilidade.

Os diferentes conceptos que se extraen de “medio rural” por parte do Instituto Nacional de Estatística e da Lei 45/2007, de desenvolvemento sustentable do medio rural (LDSMR), fan que finalmente a autora centre o seu estudo nos hábitats rurais intermedios e nos hábitats “a revitalizar”, por ser onde os problemas de envellecemento e despoboación se ven máis acentuados e precisan de políticas eficaces. Faise constatar o feito de que a desagrarización ameaza o patrimonio histórico-artístico e, polo tanto, iso debe ser obxecto de protección.

Aínda que inicialmente o concepto de sustentabilidade ía ligado en exclusiva ao dereito ambiental, hoxe en día, coa Axenda de Desenvolvemento das Nacións Unidas, non só se concibe como un principio xurídico universal, senón que alcanza a tipificación de ser un completo dereito humano.

Especialmente interesante resulta o estudo que aborda dos Plans de Zona que se desenvolven nos Programas de Desenvolvemento Rural Sustentable (que xiran arredor de 5 eixes), creados pola propia LDSMR, sendo estes os que requiren a máxima participación da muller, con igualdade de trato e oportunidades, e mal cabe falar de incorporar estes principios se se distinguen actuacións dirixidas exclusivamente a mulleres. Participo plenamente desta idea, sendo necesario un cambio neste enfoque, pois realmente non fai máis que crear desigualdade no intento de alcanzar a igualdade: requírese, polo tanto, como acertadamente indica a autora, incorporar o principio de igualdade de todas as actuacións do medio rural, porque a igualdade de xénero non é exclusiva das mulleres. Igualmente propón que, para iniciar o proceso de acadar esta meta, cómpre unha maior degradación e precisión nos parámetros estatísticos que sexan xeradores dun verdadeiro impacto de xénero.

Afondando nas tipoloxías de mulleres no medio rural, realízase un exhaustivo estudo das vantaxes para a promoción da cotitularidade (Lei 35/2011, sobre titularidade compartida das explotacións agrícolas). Fronte á falta de información que actualmente existe sobre este tipo de unidades económicas –que non deixan de ser unha comunidade de bens–, carentes por si de personalidade xurídica propia, álzanse as súas numerosas vantaxes á hora de obter subvencións, actividades formativas, axilidade de tramitación... Queda establecida outra opción xurídica á que acollerse, como é a sociedade limitada. Ao respecto, débese matizar que non se realiza mención á figura da cooperativa, opción, ao meu entender, con moitas vantaxes sociais, bonificacións fiscais..., sendo a actividade cooperativizada especialmente idónea no medio rural.

As referencias á violencia de xénero existentes no medio rural son moi acertadas na obra, pois aos problemas consabidos da muller rural e o seu contorno engádense este tipo de actos delituosos que fan mesmo máis palpables a falta de servizos sociais, de atención, de información, carencia de medios axeitados de desprazamento... Este “illamento” é nefasto para a globalidade que xa de seu envolve o tipo penal específico. A creación do Rexistro Unificado de Violencia de Xénero pode paliar, en parte, este desequilibrio existente.

No seu capítulo III, explícase con sumo detalle e especificácase que actuacións son requiridas para mellorar as condicións de vida no medio rural das mulleres. Pártese da premisa de que, hai escasos anos, o concepto de vida no campo se equiparou a calidade de vida. Pero está claro que quen elixe esta forma de vida o fai como opción, non por imposición. O que si se fai necesario é loitar contra o envellecemento e o despoboamento, e para iso son un total de catro os eixes sobre os que cómpre actuar: inserción laboral das mulleres; conciliación e corresponsabilidade; mellora das infraestruturas; e participación activa das mulleres na toma de decisións dos diferentes órganos.

Deixar á marxe a correspondencia “muller = coidadora” é primordial. Este estereotipo de muller, con traballo non remunerado, non pode optar a dar o salto ao mundo laboral se non é cunha oferta de oportunidades laborais. E iso non é posible sen programas de axuda conciliadora, facilidades de transporte, acceso axeitado a

regap



RECENSIONES

TIC... Os novos empregos que van xurdindo son capaces de lograr unha conciliación laboral; exemplo diso é o turismo rural ou a transformación e comercialización de produtos artesanais. Non obstante, requírese maior promoción destas actuacións emprendedoras que favorezan e dinamicen o mercado laboral. En definitiva, o fomento de plans de igualdade. A necesidade dun salario, unida á flexibilidade horaria –conciliadora– sen dúbida son piares básicos, así como un maior número de axudas e accesos a microcréditos. É mesmo necesaria, como apunta a nosa autora, a flexibilización burocrática en aspectos urbanísticos á hora de establecer actuacións en solos que, inicialmente non considerados polos seus plans xerais de ordenación urbanística para tales fins (hospedaxes, deportivas, industriais...), poidan ser obxecto da súa reclasificación ou recualificación –se é o caso–.

O rol da muller no medio rural é aínda moi forte, e debe debilitarse este concepto co fin de que a conciliación poida chegar a bo porto. Hai iniciativas que xa se puxeron en práctica, como son os pactos locais pola conciliación encamiñados ao cambio de mentalidade, cuestión esta que, baixo o meu criterio, é o principal chanzo co que a conciliación se topa. Mentres esta mentalidade non se modifique, dificilmente as actuacións serán eficaces. Non obstante, como ben se indica na obra, estas políticas son máis eficaces nos traballos de familias temporeiras, que, coa posta en marcha de gardarías, residencias de centros de día, se puido comprobar que a empregabilidade vai en aumento.

A introdución nas nosas vidas do teletraballo, debido á COVID-19, supuxo un cambio radical na vida laboral, sen distinción de xénero. Demostrouse que é non só viable, senón ata aconsellable, tal como apunta a autora. As ferramentas, as TIC, tiveron que crecer a ritmos vertixinosos para adaptarse a esta situación que a todos nos colleu por sorpresa. Debe dársele igualdade ao traballador que o fai fisicamente como ao que teletraballa e cómpre elaborar sen présa, pero sen pausa, un marco xeral que dea a mesma protección a uns que a outros (aínda estando en vigor o RD Lei 28/2020 de traballo a distancia, foi de moi rápida creación e presenta, baixo o meu criterio, algunhas lagoas). As TIC son primordiais para o desenvolvemento local, de produtos, de servizos, etc. Polo tanto, requírese que o seu acceso sexa garantido. Este acceso é instrumento clave non só para dar a coñecer os produtos e servizos, como indicamos, senón para socializar, interactuar... xente nova, mulleres. As campañas de prevención, como “Estamos contigo, a violencia de xénero parámola todos”, deben ter cobertura total (Plan Nacional de Territorios Intelixentes).

É indubidable que outra das medidas urxentes pasa pola mellora das infraestruturas e dos servizos públicos, de tal sorte que se garanta o acceso digno a estes servizos. O intento quedou parcialmente paralizado coa crise de 2008. A busca de novas fórmulas que permitan unha maior accesibilidade aos servizos e infraestruturas repercutirá nunha maior calidade de vida, sendo así mesmo directamente proporcional á mellora da mobilidade, ao desenvolvemento económico e á creación e acceso ao emprego. Do mesmo xeito, é importante a optimización dos recursos naturais, tales como auga e electricidade, con medidas moi favorecedoras ao impacto ambiental, sen esquecer as

enerxías renovables, cuxa potenciación se prevé nos Programas de Desenvolvemento Sustentable do Medio Rural.

Outro dos aspectos claves que acertadamente son obxecto de estudo é a necesidade de potenciar a participación política da muller do medio rural, hoxe por hoxe escasa. Fomentar e promover o seu protagonismo neste eido faise necesario; o arrastre da súa participación das áreas de lecer e actividades culturais a áreas de organizacións sindicais, profesionais, agrarias. O paradoxo prodúcese, non obstante, en vilas máis pequenas onde o rol da muller é máis arraigado, onde hai máis alcaldesas e concelleiras, debéndose iso á súa activa participación en asociacións culturais, sociais... De potenciarse o asociacionismo de microempresas levadas por mulleres, iríanse incorporando a estes órganos de decisión política, por iso deben realizarse campañas de información das vantaxes deste tipo de agrupacións, xa sexan cooperativas ou sociedades agrarias de transformación; cómpre fomentar o liderado feminino. Aínda que se consideraron estas medidas no Programa de Desenvolvemento Rural Sustentable, estas non tiveron os efectos desexados.

A permanencia da muller no mundo rural dependerá de dous factores clave: os servizos que se presenten e as posibilidades de traballo que existan. Só se consegue que as zonas rurais poidan ofrecer mellores servizos e maiores oportunidades laborais se logrará evitar a despoboación. Non se requiren novas políticas para mellorar as condicións de vida das mulleres no medio rural e a súa participación na vida política, social e económica, senón reformar as que teñen maior impacto positivo. Requírese maior concentración de núcleos rurais, tal como recolle a Lei 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, de tal sorte que, coa fusión de concellos, haxa maior prestación de servizos que contribuirían a un desenvolvemento de infraestruturas e servizos de calidade. O problema é que os concellos non queren perder a súa identidade. Por iso, o enfoque da autora pasa por buscar unha fórmula pola que non se perda esta identidade.

A Lei de desenvolvemento do medio rural non tivo o efecto desexado: os fondos da UE non se destinaron a evitar a despoboación e a igualdade. Así o detalla con precisión a autora nun conciso repaso polas iniciativas (tanto públicas como privadas) para favorecer e promover a igualdade –pp. 142 e 143–. Pero están todas faltas dun compromiso serio por parte dos poderes públicos. Requírese máis intervencionismo da Administración e un cambio no xeito de afrontar o problema, pois se os obxectivos non foron alcanzados con éxito hai que algo se está a facer mal (mala planificación, xestión ou execución). A muller é “o piar estratéxico desta batalla”, polo que debe estar presente na planificación, na xestión e na avaliación de todas estas políticas públicas.

No seu capítulo IV aborda os mecanismos para conseguir a igualdade. A autora detalla que, para a consecución destes obxectivos, se precisa dunha rede institucional que compaxine o desenvolvemento sustentable do medio rural coa igualdade e non discriminación da muller: intervención de axentes sociais, económicos e políticos, públicos e privados. Administración e sector empresarial deben ir da man. A reactivación do Ministerio de Igualdade como parte do Goberno (RD 816/2018), as funcións

regap



RECENSIONES

do Instituto da Muller (pp. 150); entidades específicas para a Igualdade (Observatorio para a Violencia sobre a Muller, Delegación para a Violencia de Xénero; Observatorio da Igualdade de Oportunidades, Comisión Interministerial de Igualdade entre Mulleres e Homes, Consello de Participación da Muller, Unidades de Igualdade...), todos eles dirixidos á estabilización da igualdade, sen prexuízo da existencia dos específicos: Comisión Interministerial para o Medio Rural, Consello para o Medio Rural, Mesa de Asociacións de Desenvolvemento Rural... ou a Mesa das Mulleres concibidas como organizacións de mulleres rurais de ámbito estatal, espazo de encontro para a elaboración de plans e estratexias. A nivel autonómico e a nivel local, representan un papel importante os Grupos de Acción Local ou Grupos de Desenvolvemento Rural.

Nesta obra a autora chega ás conclusións de que, para lograr a igualdade da muller no medio rural, loitar contra a despoboación e acadar unha mellor calidade de vida, todas as medidas que cómpre adoptar deben pasar por: recoñecemento do traballo profesional e doméstico realizado por elas; maior participación nas actividades socioeconómicas e produtivas, máis presenza na toma de decisións; reforzo da formación profesional; apoio ao carácter emprendedor; mellora das infraestruturas e servizos sociais, defensa das políticas sociais que garantan a conciliación laboral, persoal e familiar, erradicación da violencia doméstica, incorporación da muller ao desenvolvemento rural sustentable. E é que, como acertadamente indica a nosa autora, “o equilibrio de sexos fai unha sociedade xusta”.

A obra analizada é de moi áxil, doada e rápida lectura e, asemade, presenta unha exhaustiva concreción de datos estatísticos, poboacionais, lexislativos, e cunha referencia bibliográfica de grande interese. Indubidablemente, non está dirixida á muller, senón a toda a poboación. Deixa atrás a vulgar linguaxe inclusiva, que non obedece máis que a veos, pero que non atacan a raíz do problema. Dela despréndense ideas tan sinxelas de entender pero quizais difíciles de aplicar que debería ser de lectura obrigada para algúns políticos e políticas que neste momento gobernan este país. A exclusión do home non erradica o problema: os programas deben ir pensados, ser elaborados e executados sen distinción de xénero, pois de nada serve atacar a desigualdade creando roles diferenciadores.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 261-265
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4741>
© María Victoria Álvarez Buján
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 18/04/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)

61 Regap

Regap



RECENSIONES

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Doutora en Dereito

Universidade de Vigo

Avogada (colexiada 2.523 I.C.A Ourense)

Profesora na UNIR

<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

victoriaalvarezbujan@gmail.com

BLANQUER CRIADO, D.V.: *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 787 pp. ISBN: 978-84-1378-384-0.

A monografía obxecto de comentario é da autoría individual de D. David Vicente Blanquer Criado, doutor en Dereito pola Universidade de Alcalá de Henares en 1994 e catedrático de Dereito Administrativo desde o ano 2009, na Universitat Jaume I.

Con carácter preliminar debemos sinalar que, aínda que o autor presenta, á vista da súa traxectoria profesional, un perfil esencialmente académico, iso non obsta para que a obra, ademais de rigorosa desde o punto de vista científico e investigador, resulte práctica e de utilidade para os diferentes operadores xurídicos. En efecto,

trátase dun traballo de plena actualidade e singularmente novidoso, que xira arredor dun dos problemas fundamentais derivados da crise sanitaria, causada polo virus da COVID-19, que deu lugar á adopción dos estados de alarma no noso país e que non é outro que a responsabilidade patrimonial que dimana precisamente desas medidas e restricións excepcionais adoptadas, as cales puideron provocar (e de feito provocaron) danos e perdas á cidadanía que non tiña o deber xurídico de soportalos.

O libro está perfectamente estruturado en once capítulos que abordan todos os aspectos fundamentais da responsabilidade patrimonial. Así, contextualízase este instituto no marco da crise sanitaria existente, “tendo en conta, entre outras premisas, que o artigo 116.6 da nosa carta magna preconiza que a declaración dos estados de alarma, de excepción e de sitio non modificarán o principio de responsabilidade do Goberno e dos seus axentes recoñecidos na Constitución e nas leis”.

No capítulo primeiro o autor parte, para determinar o sentido e alcance da responsabilidade patrimonial, da idea (e así centra e titula o dito capítulo) de que a Administración non é a aseguradora universal de todas as desgrazas que nos sucedan, para continuar explicitando no capítulo segundo os danos que quedan fóra da órbita da responsabilidade patrimonial. Nesta orde de composición, cómpre ter claro que non todos os pagamentos, axudas, compensacións ou indemnizacións que satisfagan as administracións por razón da crise da enfermidade COVID-19 se realizan nin se deben realizar sempre a título de responsabilidade patrimonial, como con acertado criterio apunta o propio autor no resumo da obra¹.

Dentro dese mesmo capítulo, realízase unha aproximación ao estado de alarma sanitaria, aludindo á diversidade de danos sufridos a partir das medidas gobernamentais impostas durante a vixencia do estado de alarma, a distinción entre o sacrificio de dereitos e intereses lexítimos e as indemnizacións a título de responsabilidade patrimonial.

Igualmente, concentra a súa atención na medida relativa á intervención de empresas no sector sanitario e o que o autor denomina a ordenación xeral dun dereito que non dá lugar ao pagamento dunha indemnización a título de responsabilidade patrimonial. Nesta orde de composición, como non podía ser doutro xeito, fai referencia, entre outros extremos, á liberdade constitucional de empresa e á suspensión de actividade durante a vixencia do estado de alarma, a suspensión xeneralizada de actividades económicas durante a vixencia do estado de alarma e os rebotes de contaxios despois do estado de alarma e o peche de discotecas e outros establecementos, á vez que plasma reflexións de interese acerca das axudas e situacións de catástrofe ou calamidade, tomando en consideración as axudas ás empresas e autónomos/as implementadas no noso país para paliar os efectos da crise económica derivada da crise sanitaria.

Pola súa banda, o capítulo terceiro versa sobre algúns dos danos que poden estar dentro da órbita da responsabilidade patrimonial, e céntrase, singularmente, no

¹ Pensemos así, a título de exemplo, nos supostos de reintegro de gastos por determinados servizos sanitarios privados ao servizo de saúde da comunidade autónoma correspondente cando nunha determinada situación (que podería acusarse de urxente) non se facilitou un servizo/tratamento concreto, que de ordinario se vén proporcionando a través do Sistema Público de Saúde, como consecuencia das medidas adoptadas co estado de alarma e a crise sanitaria.

ámbito da saúde pública (sen esquecer aspectos relevantes concernentes ao eido dos centros sanitarios privados). Así, examínase o persoal sanitario e o que presta servizos sociais nunha residencia para a terceira idade, os pacientes ingresados nun hospital público e en xeriátricos, a actividade da Administración en relación con estes centros e persoas e a perda de oportunidade.

Quizais a parte máis importante do capítulo sexa aquela en que se analiza o dano causado ao imporse unha prestación persoal de carácter forzoso ou obrigatorio e o dano xerado por unha sanción administrativa despois invalidada por ser contraria a dereito e, en especial, o peche de bares e outros establecementos abertos ao público que incumpren a capacidade máxima permitida. Ademais, dedícase un apartado específico a examinar unha cuestión tan relevante e que tantas dúbidas e suspicacias, ademais de polémica, está a suscitar, como é o dano causado por unha vacina que se impón de xeito forzoso ou obrigatorio. O autor contrapón os conceptos de vacina recomendada pero voluntaria e vacina ordenada con carácter forzoso, pondo a cuestión en relación co *soft law* e o *hard law*, e en sintonía con estas ideas examina, en definitiva, a constitucionalidade da vacina obrigatoria e a oposición do paciente á vacina obrigatoria e a necesidade de obter autorización xudicial.

No capítulo cuarto, seguindo o fío da esfera sanitaria, pon atención no persoal sanitario e nos empregados públicos danados pola COVID-19, tomando en consideración a normativa aplicable vixente especialmente en materia de prevención de riscos laborais e a conflitividade xurdida.

A continuación, no capítulo quinto realiza un encomiable e clarificador estudo da figura da responsabilidade patrimonial no marco do estado de dereito, partindo da súa orixe histórica para chegar a debullar as súas principais funcións e os valores protexidos (xustiza, seguridade xurídica), así como os requisitos que deben concorrer para determinar que procede declarar a responsabilidade patrimonial da Administración. Á luz destes extremos, examina as particularidades do estado de alarma e mesmo dedica unha epígrafe á eventual derivación por parte da Administración da responsabilidade a unha compañía de seguros.

No capítulo sexto complementa o contido do anterior capítulo, centrándose na análise do concepto de dano indemnizable, onde trata a efectividade da lesión, a lesión individualizada, a lesión susceptible de valoración económica e a antixuridicidade da lesión, para afondar deseguido no estudo, por unha banda, da antixuridicidade do resultado lesivo e o estado de coñecementos da ciencia fronte ao coronavirus e, por outra banda, da antixuridicidade do resultado e a invalidación das medidas formais adoptadas durante a pandemia.

O capítulo sétimo é o dedicado ao nexo causal ou relación de causalidade, *conditio sine qua non* para poder determinar que existe responsabilidade patrimonial. Examínanse aquí as principais teorías sobre a relación de causalidade de forma moi ilustrativa, para proceder despois a trasladar o significado e alcance da relación de causalidade á Administración sanitaria e a pandemia pola COVID-19.

O capítulo oitavo dedícase a outro dos elementos ineludibles que integran a responsabilidade patrimonial, como é a imputación subxectiva do dano ou resultado

Regap



RECENSIONES

lesivo (neste caso a unha persoa xurídica), referíndose na última epígrafe á responsabilidade das autoridades e funcionarios e á acción de regreso (en que consiste e como se pode exercer).

Correlativamente, o capítulo noveno céntrase no exame da imputación obxectiva do dano, partindo da premisa da mala xestión dos riscos para a saúde. Desenvolve o autor o fundamento obxectivo da atribución a unha persoa xurídica do resultado danoso, a creación ou a xestión de riscos como títulos de imputación obxectiva, o principio de prevención (tomando en conta a precavida creación de reservas estratéxicas de produtos sanitarios), o principio de precaución e a xestión dos riscos sanitarios.

O penúltimo capítulo, décimo, debulla de forma práctica e meridiana o procedemento administrativo en materia de responsabilidade patrimonial, a súa regulación, as fases de que se compón e o seu contido, o prazo (as regras para o seu cómputo, suspensión, prescrición e interrupción da prescrición), a lexitimación e o fondo. Así mesmo, fai referencia a determinados danos específicos, isto é, o dano prolongado, pero inicialmente oculto, os danos materiais continuados, os danos causados por un acto administrativo inválido, as lesións físicas continuadas e os danos físicos ou psíquicos de carácter permanente.

Finalmente, o último capítulo, undécimo, refírese á indemnización ou resarcimentos, ás súas clases, aos conceptos indemnizables e ao cálculo do seu valor, á débeda de valor e á actualización de valores, así como aos xuros de mora.

En resumidas contas, tras salientar sucintamente o contido da monografía, podemos comprobar como o autor aglutina o estudo de todos os elementos que integran a responsabilidade patrimonial, proxectándoos ao marco da situación excepcional relativa aos estados de alarma, á crise sanitaria e á súa regulación e peculiaridades. Como colofón desta recensión, non podemos senón aconsellar a lectura desta obra tan completa, que nos proporciona claves de suma importancia para poder enfrontar moitos dos problemas xurídicos (e mesmo procesuais) que se suscitaron xa e que continuarán a facelo nos próximos tempos en relación con distintos eidos administrativos, por exemplo o sanitario.

A obra, que goza dunha técnica xurídica excelsa e que é reflexo dun manexo rico de fontes (doutrina e xurisprudencia), resulta práctica e de amena lectura, presentándose non só apta, senón de suma utilidade para todos os operadores xurídicos, ao facilitar pautas e despexar dúbidas no que concirne a un tema de máximo interese, urxente para a sociedade (non só española, senón a escala global) dos nosos días e que, lamentablemente, terá moita aplicación no presente e no futuro próximo, xa que os estragos orixinados na sociedade a causa da COVID-19, o estado de alarma e as restricións adoptadas por mor da pandemia non fixeron nada máis que comezar.

Nin o Goberno nin os diferentes organismos públicos/administracións se atopaban nin se atopan preparados para xestionar unha situación imprevista e extraordinaria como foi a da crise sanitaria. Ademais, a normativa existente e a que se foi aprobando sobre a marcha revisten notables defectos, lagoas e deficiencias. Todo iso leva consigo que na praxe se xerasen e continúen a xerarse supostos de responsabilidade

patrimonial, sendo primordial que saibamos non só detectalos, senón saber como e que podemos/debemos reclamar, e a tales fins responde precisamente a obra deste autor.

regap



RECENSIONES

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 61, enero-junio 2021 \ Number 61, January-June 2021

Sumario/Summary

1 ESTUDIOS / STUDIES

Agustí Cerrillo i Martínez

Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas.....271
Robots, virtual assistants and automation of public administrations

Fernando Rey Martínez

El organismo español para la igualdad: claves para su convergencia con el modelo europeo.....311
The Spanish body for equality: keys to its convergence with the European model

Lourdes de la Torre Martínez

Los municipios y las infraestructuras de la sociedad de la información343
Municipalities and infrastructures of information society

Francisco Javier Carro Castro

Las edificaciones tradicionales del artículo 40 de la Ley del suelo de Galicia: concepto, evolución y análisis.....381
Traditional buildings of the article 40 in the Galician urban Law: concept, evolution and analysis

Sabela Pardo Rodríguez

Los condominios en el Derecho comparado y en el Derecho urbanístico gallego.....409
Condominiums in comparative law and in Galician urban law

Víctor José Barbeito Pose y Julián Bustelo Abuín

Las deficiencias de las herramientas de geolocalización de los yacimientos arqueológicos y sus consecuencias sobre la protección del patrimonio cultural de Galicia. 433
The deficiencies of the geolocation tools of archaeological sites and their consequences on the protection of the cultural heritage of Galicia

2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Patricia Iglesias Rey

Ideas fuerza en clave jurídica para la captación de los fondos europeos de recuperación: Next Generation EU 447
Strong legal ideas for attracting European recovery funds: Next Generation EU

Daniel Neira Barral

Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español. . . . 467
The effects of the ENC+ Directive in the Spanish legal system

Francisco de Cominges Cáceres

Jurisprudencia contencioso-administrativa. 477
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIONES / REVIEWS

Mercedes Fuertes López

Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas. . . 513

Noel Armas Castilla

El derecho de acceso a la información pública 517

Anxo Varela Hernández

Buen gobierno y buena administración. Cuestiones claves. 521

Emma Vioque Martínez

Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural 527

María Victoria Álvarez Buján

La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. 533

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. 61_enero-junio 2021 | pp. 271-309
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4791>
© Agustí Cerrillo i Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Robots, asistentes virtuais
e automatización das
administracións públicas

Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas

61 Regap

Robots, virtual assistants
and automation of public
administrations

Regap



ESTUDIOS

AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat Oberta de Catalunya

<https://orcid.org/0000-0002-1577-4194>

acerrillo@uoc.edu

Resumo: Os robots software son dispositivos utilizados para automatizar tarefas ou para interactuar con dispositivos. Nos últimos tempos, algúns robots software están a utilizar intelixencia artificial para poder desenvolver tarefas complexas ou aprender da experiencia. Todo iso xa está a ter aplicacións nas administracións públicas.

Neste artigo analízase como a automatización das administracións públicas incide nos principios da Administración dixital. Así mesmo, estúdase a regulación da actuación administrativa a través de robots e os límites que impón a normativa de protección de datos. Ademais, expónse o impacto que o uso de robots pode ter no emprego público. Finalmente, identifícanse os procedementos que utilizan as administracións públicas para incorporar robots software.

Palabras clave: Robot software, chatbot, intelixencia artificial, automatización, Administración pública, transparencia.

Resumen: Los robots software son dispositivos utilizados para automatizar tareas o para interactuar con dispositivos. En los últimos tiempos, algunos robots software están utilizando inteligencia artificial para poder desarrollar tareas complejas o aprender de la experiencia. Todo ello ya está teniendo aplicaciones en las administraciones públicas.

En este artículo se analiza cómo la automatización de las administraciones públicas incide en los principios de la Administración digital. Asimismo, se estudia la regulación de la actuación administrativa a través de robots y los límites que impone la normativa de protección de datos. Además, se expone el impacto que el uso de robots puede tener en el empleo público. Finalmente, se identifican los procedimientos que utilizan las administraciones públicas para incorporar robots software.

Palabras clave: Robot software, chatbot, inteligencia artificial, automatización, Administración pública, transparencia.

Abstract: Software robots are devices used to automate tasks and to interact with devices. In recent times, some software robots are using artificial intelligence to develop more complex tasks or to learn from experience to improve results. All this has several applications in public Administration.

In this paper, we analyse how public Administration automatization through software robots has an impact in e-government principles. As well, we study the regulation of public activity through robots and the limits stated by data protection regulation. Furthermore, we explain the impact that the use of software robots can have in public employment. Finally, we identify the different procedures used by public Administration to add software robots.

Key words: Software robot, chatbot, artificial intelligence, automatization, public Administration, transparency.

SUMARIO: 1 Robots, asistentes virtuales e inteligencia artificial. 1.1 Robots software y robots conversacionales. 1.2 Robots software e inteligencia artificial. 2 Los robots en la Administración pública. 3 Los principios de la automatización robótica de la Administración pública. Especial mención a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación. 3.1 Los principios de la automatización robótica. 3.2 El principio de transparencia de la actuación administrativa. 3.3 El principio de igualdad y no discriminación. 4 La automatización a través de robots como actuación administrativa automatizada. 4.1 La actuación administrativa robótica. 4.2 La protección de datos personales como límite a la automatización. 5 Automatización y empleo público. 6 La incorporación de los robots a la Administración pública. 7 Reflexiones finales.

1 Robots, asistentes virtuales e inteligencia artificial

El Ayuntamiento del pequeño municipio coruñés de Rois ha puesto en marcha un robot para automatizar diversas tareas como llenar formularios, transcribir información o cruzar bases de datos y, a medio plazo, también poder replicar algunas de las actividades que llevan a cabo los empleadas y empleados públicos¹.

En la otra punta de España, el Ayuntamiento de Málaga ha puesto en funcionamiento a *Victoria la Malagueña*, un robot conversacional que facilita a vecinos y vecinas información de interés general como aparcamientos públicos disponibles, la frecuencia de los autobuses o los equipamientos de la ciudad y, por si fuera poco, también cuenta chistes y explica expresiones típicas de la ciudad a los turistas².

¹ "El pueblo gallego donde los robots son burócratas", *El País*, 2 de noviembre de 2020. Acceso web: <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-01/el-pueblo-gallego-donde-los-robots-son-burocratas.html> (mayo de 2021).

² "Victoria la Malagueña: la asistente de voz virtual enamorada de su ciudad", *La Vanguardia*, 16 de febrero, 2020. Acceso web: <https://www.lavanguardia.com/ocio/viajes/20200216/473600007571/victoria-la-malaguena-la-asistente-de-voz-virtual-enamorada-de-su-ciudad.html> (mayo de 2021).

Estos son dos ejemplos del uso de robots en las administraciones públicas y en la prestación de los servicios públicos.

Desde un punto de vista general, los robots son dispositivos que se definen por su capacidad para relacionarse con el entorno a través de sensores o del intercambio de datos, para analizar los datos a su disposición, así como para adaptar de manera autónoma su comportamiento al entorno.

Con frecuencia, los robots también se caracterizan por tener un soporte físico. Sin embargo, no todos los robots comparten este elemento. En efecto, los robots citados como ejemplo al inicio de este artículo no se caracterizan por tener un soporte físico, sino digital, son aplicaciones. En estos casos, nos encontramos ante lo que se conoce como robots software. Estos robots no son físicos ni actúan sobre objetos, sino que interactúan con otras aplicaciones, pantallas o sistemas. No obstante, los robots software no son solo un programa, sino que se definen por desarrollar tareas automáticamente actuando como si fuesen personas³.

El uso de robots software por las administraciones públicas es un instrumento para la automatización de la actuación administrativa. Como se ha afirmado, los robots son una “fuerza de trabajo virtualizada”⁴. Sin embargo, a pesar de la utilidad que pueden tener estos robots en la automatización de la Administración pública, su expansión en el sector público está bastante lejos de encontrarse generalizada y está distanciada de lo que se observa en el sector privado⁵.

Normalmente, los robots software se emplean para desarrollar tareas sencillas y rutinarias, así como para la comunicación entre personas y máquinas. No obstante, cada vez se están utilizando más estos robots para realizar labores más complejas que requieren mayores capacidades. A ello está contribuyendo el uso de inteligencia artificial por los robots software.

³ GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, Anaya, Madrid, 2021.

⁴ ALBERTH, M. y MATTERN, M., “Understanding robotic process automation (RPA)”, *Journal of Financial Transformation*, n. 46, 2017, p. 55.

⁵ En el sector privado, los robots software se están extendiendo rápidamente. De hecho, algunos autores hablan del “tsunami de los chatbots” (GRUDIN, J. y JACQUES, R., “Chatbots, Humbots, and the Quest for Artificial General Intelligence”, *2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Association for Computing Machinery, Glasgow, Scotland Uk, 2019, p. 4). Según Gartner, en 2021, el 15% de las interacciones de los consumidores se gestionarán completamente con chatbots (BRYAN, J., *Trends in Gartner Hype Cycle for Customer Service and Customer Engagement*, Gartner, 2018). Ello comportará un incremento del mercado de los chatbots que pasará de los 250 millones de dólares en 2017 a los 1,34 billones de dólares en 2024 (PISE, R., “Chatbot market size is set to exceed USD 1.34 billion by 2024”, *ClickZ*, 6 de julio, 2018). De hecho, es de esperar que, con la creciente extensión de asistentes virtuales de la mano de las grandes empresas tecnológicas, también se vayan extendiendo los robots conversacionales entre las administraciones públicas (LOMMATZSCH, A., “A next generation chatbot-framework for the public administration”, *International Conference on Innovations for Community Services*, Springer, Žilina, Slovakia, 2018, p. 127).

De Cicco sintetiza las razones del éxito de los robots conversacionales en el hecho de que “ayudan a los consumidores a encontrar soluciones en cualquier lugar, en cualquier momento y con cualquier dispositivo” (DE CICCIO, R., DA COSTA E SILVA, S.C.L. y PALUMBO, R., *Should a Chatbot Disclose Itself? Implications for an Online Conversational Retailer*, Springer International Publishing, Cham, 2021, p. 4).

1.1 Robots software y robots conversacionales

Siguiendo a Gavilán, existen dos grandes clases de robots software: los robots software utilizados para la automatización robótica de procesos y los robots conversacionales también conocidos como chatbots⁶.

a) Robots software para la automatización de procesos

Los robots software para la automatización robótica de procesos (RPA, en sus siglas en inglés) son programas diseñados para realizar un conjunto de acciones predefinidas en sistemas de información⁷. Los robots software son un término genérico para referirse a aquellos programas de ordenador que emulan y replican actividades humanas como interpretar o manipular pantallas, acceder a bases de datos o realizar cálculos⁸.

Las tareas que por lo general se automatizan utilizando robots software se caracterizan por ser repetitivas y rutinarias. Normalmente, estas tareas también son masivas⁹.

Los robots desarrollan tareas sencillas y tradicionalmente no aportan inteligencia a las mismas¹⁰. Por lo general, las tareas realizadas por robots software se basan en reglas precisas, sencillas, fijadas previamente, altamente formalizadas y con pocas excepciones. La realización de estas tareas no requiere tener grandes conocimientos ni tampoco efectuar ningún juicio.

Los robots software interactúan con aplicaciones ya existentes tal y como lo haría una persona sin la necesidad de que esta intervenga¹¹. Los robots no modifican las aplicaciones con las que interactúan, sino que simplemente gestionan información de y entre aplicaciones. De este modo, los robots software leen los datos contenidos en ficheros, bases de datos, documentos ofimáticos o pantallas de aplicaciones; realizan cálculos con ellos o toman decisiones a partir de ellos y, en su caso, escriben en dichas aplicaciones o en bases de datos los resultados obtenidos, rellenan formularios o se conectan a sistemas. También pueden ser utilizados para coordinar aplicaciones o para navegar por internet buscando información.

⁶ GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.

⁷ LINDGREN, I., "Exploring the Use of Robotic Process Automation in Local Government", *EGOV-CeDEM-ePart 2020*, Linköping University, Sweden, 2020, p. 249. Una definición más técnica de la automatización robótica de procesos la encontramos en IEEE STANDARDS ASSOCIATION, *IEEE Guide for Terms and Concepts in Intelligent Process Automation*. IEEE Std 2755-2017 (IEEE Std 2755-2017), 2017.

⁸ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", Asatiani, A. et al. (ed.), *Business Process Management: Blockchain and Robotic Process Automation Forum. BPM 2020. Lecture Notes in Business Information Processing*. Springer, Cham, 2020, p. 102.

⁹ HOFMANN, P., SAMP, C. y URBACH, N., "Robotic process automation", *Electronic Markets*, n. 30, 2020, p. 100; SYED, R., SU-RIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. y REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", *Computers in Industry*, n. 115, 2020.

¹⁰ Como advierte Gavilán, "no encontramos apenas inteligencia artificial en la lógica, en el verdadero pensamiento del robot" (GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.).

¹¹ Como recuerdan HOFMANN et al., "los robots software automatizan procesos originalmente llevados a cabo con trabajo humano" (HOFMANN, P., SAMP, C. y URBACH, N., "Robotic process automation", cit., p. 99). En la misma dirección, ANDERSEN, K.N., LEE, J. y HENRIKSEN, H.Z., "Digital Sclerosis? Wind of Change for Government and the Employees", *ACM Journal on Digital Government Research and Practice*, n. 1, 2020, p. 6.

Los robots software pueden aportar numerosos beneficios a una organización¹². La primera y principal es una reducción de costes gracias a una menor dedicación de personas a la realización de las tareas automatizadas, una reducción del tiempo necesario para efectuarlas o una reducción de errores o de incumplimiento de las normas en el desarrollo de estas actividades al desaparecer la intervención humana. Los robots también pueden comportar mayor calidad a la prestación de los servicios.

Además, el uso de robots puede incrementar la disponibilidad ofreciendo un servicio permanente e ininterrumpido 24 horas al día 7 días a la semana. Asimismo, su incorporación en una organización es relativamente sencillo, ya que no supone un trabajo complejo de diseño e implementación, lo que evita tener que hacer grandes inversiones y ahorra realizar cambios importantes en las aplicaciones o sistemas de información ya existentes. El hecho de que los robots no sustituyan o manipulen el código de las aplicaciones con las que interactúan, sino que se relacionen con ellas de igual manera que lo haría un usuario, simplifica enormemente su incorporación a una organización y su encaje en las aplicaciones y los sistemas de información existentes, facilitando la automatización.

b) Los robots conversacionales

Los robots conversacionales son aplicaciones diseñadas para que las personas puedan interactuar con dispositivos en lenguaje natural¹³. La persona se relaciona con el robot a través del lenguaje oral o escrito y este es capaz de entender el contenido del mensaje y actuar en consecuencia.

Los robots conversacionales pueden tener distintas capacidades, como facilitar información previamente guardada o mantener una conversación con una persona.

Algunos robots conversacionales, además, pueden realizar algunas funciones para dar respuesta a las necesidades manifestadas por la persona (por ejemplo, comprar billetes de avión o realizar reservas en un restaurante). Estos robots conversacionales se conocen como asistentes virtuales y, además de permitir la interacción con las personas a través de la voz o el texto, realizan determinadas funciones o les dan apoyo en la realización de tareas concretas necesarias para poder disfrutar de servicios digitales¹⁴.

¹² SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. y REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", cit., p. 3.

¹³ Los chatbots tienen ya una larga historia que se inició con el diseño en 1966 de ELIZA, un chatbot que simulaba a un psicoterapeuta. Pero, incluso con anterioridad a esa fecha, la interacción entre humanos y ordenadores ya había sido objeto de atención, entre otros, por Turing, quien en 1950 creó un test para discernir si una máquina tenía o no un comportamiento inteligente. Sin embargo, no fue hasta 1991 cuando por primera vez se utilizó el término chatbot. En la década actual, los chatbots han experimentado un desarrollo significativo especialmente de la mano de los asistentes virtuales incorporados en distintos dispositivos diseñados por grandes empresas tecnológicas (por ejemplo, Siri de Apple, Google Assistant, Cortana de Microsoft, Alexa de Amazon o Watson de IBM). Véase un breve repaso histórico en ADAMOPOULOU, E. y MOUSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", *Machine Learning with Applications*, n. 2, 2020, pp. 2-3.

¹⁴ En cualquier caso, debemos advertir que no existe una distinción clara entre robots conversacionales y asistentes virtuales. De hecho, se han propuesto numerosos criterios para clasificar los robots conversacionales; por ejemplo, en función de su contexto físico, la memoria de intercambio, la relación entre la conversación y la función realizada o la profundidad, amplitud y duración de la relación con las personas. Véase al respecto CASAS, J., TRICOT, M.-O., ABOU KHALED, O., MUGELLINI, E. y CUDRÉ-MAUROUX, P., "Trends & Methods in Chatbot Evaluation", *Companion Publication of the 2020 International Conference on Multimodal Interaction*, Virtual Event Netherlands, 2020, p. 281; y GRUDIN, J. y JACQUES, R., "Chatbots, Humbots, and the Quest for Artificial General Intelligence", cit.

Junto a estas capacidades, que son las más habituales, los robots conversacionales también pueden llegar a analizar la información facilitada por el usuario y, a partir de dicho análisis, predecir necesidades futuras¹⁵ o fomentar determinados comportamientos en la persona¹⁶.

Los robots conversacionales pueden interactuar con las personas de maneras más o menos complejas¹⁷: facilitando información a partir de las preguntas genéricas formuladas o de las palabras propuestas por ellas; ofreciendo una ayuda orientada a dar respuesta a las necesidades específicas de una persona que implica la recopilación y análisis de información relevante y personalizada o, incluso, negociando con cada persona la opción que mejor se ajusta a sus necesidades en función de la información facilitada.

El uso de robots conversacionales también puede entrañar numerosos beneficios para una organización. Además de la reducción de costes, como en el caso de los robots software, el uso de robots conversacionales permite mejorar significativamente la experiencia del usuario al ofrecerle una mayor disponibilidad, ya que siempre hay un robot conversacional disponible y una reducción de tiempo de espera para recibir un servicio o para la realización de una gestión. Además, el uso de robots conversacionales facilita la personalización de los servicios¹⁸.

1.2 Robots software e inteligencia artificial

Los robots software generalmente se utilizan para automatizar tareas sencillas y rutinarias reguladas por normas básicas que admiten pocas excepciones. Como gráficamente describe Viehhauser, estos robots son “sustitutos de los ‘brazos’ y las ‘piernas’ de los trabajadores humanos”¹⁹. En cambio, añadimos nosotros, habitualmente los robots software no sustituyen su cerebro.

En efecto, los robots software no utilizan generalmente inteligencia artificial²⁰. No son capaces de entender y aprender, adaptarse a distintas circunstancias, afrontar excepciones, generar nuevos conocimientos o exhibir nuevos comportamientos si no están previstos en las reglas que regulan las tareas que desarrollan. Los robots

¹⁵ PETRIV, Y., ERLNHEIM, R., TSAP, V., PAPPEL, I. y DRAHEIM, D., “Designing Effective Chatbot Solutions for the Public Sector: A Case Study from Ukraine”, Chugunov, A., Khodachek, I., Misnikov, Y. y Trutnev, D. (eds.), *Electronic Governance and Open Society: Challenges in Eurasia: 7th International Conference, EGOSE 2020*, Springer International Publishing, Cham, 2020, p. 321.

¹⁶ En esta dirección, los robots conversacionales pueden ser un acicate (*nudge*). Respecto a las consideraciones éticas de los *robot nudges*, véase BORENSTEIN, J. y ARKIN, R., “Robotic nudges: the ethics of engineering a more socially just human being”, *Science and engineering ethics*, n. 22, 2016, pp. 31-46.

¹⁷ Seguimos en este punto a MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K. y TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, *First Monday*, n. 25(12), 2020.

¹⁸ BELEN SAĞLAM, R. y NURSE, J.R.C., “Is your chatbot GDPR compliant? Open issues in agent design”, *2nd Conference on Conversational User Interfaces*, Association for Computing Machinery, Bilbao, 2020, p. 1.

¹⁹ VIEHHAUSER, J., “Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation”, cit., p. 102.

²⁰ VIEHHAUSER observa al analizar distintos robots software que “la automatización robótica de procesos no es inteligente y no necesita capacidades inteligentes. Es, por definición, un software para el procesamiento de secuencias de clics basado en reglas con resultados previsible y estables” (VIEHHAUSER, J., “Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation”, cit., p. 102).

software normalmente no aprenden de la experiencia para tomar decisiones por sí mismos identificando correlaciones entre los datos que son utilizadas para generar patrones y modelos. Los robots software tampoco son capaces habitualmente de gestionar información incierta o excepciones²¹.

Sin embargo, ello no quiere decir que la inteligencia artificial sea ajena a los robots software²². En efecto, los robots software pueden utilizar la inteligencia artificial, y cada vez lo hacen con mayor frecuencia, para desarrollar determinadas operaciones previas a la automatización de tareas, como reconocer o procesar datos no estructurados (por ejemplo, textos o imágenes) o para relacionarse con personas²³.

En esta dirección, los robots software utilizan la inteligencia artificial para el procesamiento del lenguaje natural y el reconocimiento de imágenes. Es habitual que los robots software usen algoritmos de inteligencia artificial para poder captar y comprender lo que les dicen las personas a través de la comprensión automática del lenguaje humano (escrito u oral) o para identificar los objetos presentes en una imagen estática o en un vídeo mediante la visión computadorizada. De este modo, los robots adquieren la capacidad de entender el contenido de un mensaje o de una conversación a través del procesamiento del lenguaje natural, de identificar datos no estructurados, de reconocer caracteres que conforman una palabra a través de la visión computadorizada o de identificar la connotación positiva o negativa de un texto mediante el análisis de sentimientos²⁴.

Pero, en los últimos tiempos, algunos robots software utilizan la inteligencia artificial para *ser más listos*²⁵. En esta dirección, algunos robots están empezando a usar la inteligencia artificial no de manera complementaria (entender textos o conversaciones), sino con relación a su *lógica de negocio*, es decir, a las tareas que se han automatizado.

Poco a poco los robots software utilizados para la automatización robótica de procesos emplean inteligencia artificial no solo para buscar datos, sino también para definir las funciones a realizar a partir de los datos obtenidos²⁶.

²¹ NG, K.K.H., CHEN, C.-H., LEE, C.K.M., JIAO, J. y YANG, Z.-X., "A systematic literature review on intelligent automation: Aligning concepts from theory, practice, and future perspectives", *Advanced Engineering Informatics*, n. 47, 2021, p. 8.

²² Autores como ADAMOPOULOU y MOUSSIADES definen el chatbot como un programa de inteligencia artificial (ADAMOPOULOU, E. y MOUSSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", cit., p. 1).

²³ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102; HOFMANN, P., SAMP, C. y URBACH, N., "Robotic process automation", cit., p. 99. De hecho, el renovado interés por los robots conversacionales es debido en parte a los avances experimentados en los últimos años por la inteligencia artificial (FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. y BJØRKL, C.A., "What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study", *Internet Science. 5th International Conference. INSCI 2018*, Springer, Cham, 2018).

²⁴ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102, observa que siete de cada diez casos de automatización robótica de procesos analizados utilizan la visión computadorizada para identificar, entender o clasificar elementos digitales en objetos, constituyendo la inteligencia artificial el núcleo de la automatización.

²⁵ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102; VAN NOORDT, C. y MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", *International Conference on Electronic Participation*, Springer, Cham, 2019, p. 50.

²⁶ HOFMANN, P., SAMP, C. y URBACH, N., "Robotic process automation", cit., p. 99.

Asimismo, los nuevos robots conversacionales no solo responden a los usuarios de manera reglada seleccionando la respuesta adecuada de un conjunto de respuestas predefinidas, recogidas en una base de datos, por el diseñador o desarrollador del chatbot (lo que se conoce como chatbot basado en reglas), sino que son capaces de generar las respuestas a partir de lo que aprenden de la propia conversación y teniendo en cuenta el contexto en que se produce o la experiencia previa utilizando técnicas para la comprensión del lenguaje natural gracias al uso de algoritmos de aprendizaje automático, redes neuronales y aprendizaje profundo (chatbot generativo)²⁷.

Si bien los primeros pueden resultar de utilidad para poder facilitar respuesta a una o dos preguntas generales sobre un tema, los segundos permiten llevar a cabo una auténtica conversación entre la persona y el robot y pueden dar respuesta a preguntas más complejas o específicas o facilitar información personalizada en función del perfil del usuario o de los datos que haya facilitado al robot. También pueden llegar a proponer o recomendar servicios o información de manera proactiva.

Gracias al uso del aprendizaje automático, el aprendizaje profundo y las redes neuronales, algunos robots conversacionales aprenden de las conversaciones mantenidas con las personas, lo que les permite mejorar la calidad de sus respuestas, capturar información, procesar datos no estructurados o cooperar con ellas²⁸. De este modo, el robot irá aprendiendo e irá mejorando sus respuestas en el futuro²⁹.

La inteligencia artificial también puede ser utilizada por los robots conversacionales para el análisis predictivo, de manera que a partir de los datos generados en las interacciones entre los chatbots y los usuarios se puedan identificar patrones o perfiles o predecir situaciones³⁰.

A pesar de todas estas posibilidades, como observa Viehhauser, el uso del aprendizaje automático por los robots software aún es limitado, focalizado en lograr una mayor eficiencia o ampliar su utilidad³¹. En cualquier caso, diversos estudios señalan cómo el futuro de los robots software pasa por la inteligencia artificial, lo que les permitirá ampliar el abanico de utilidades y, sobre todo, poder sustituir a las personas en tareas más complejas³².

La incorporación de la inteligencia artificial puede llevar a los robots software a un nuevo nivel de desarrollo³³. Asimismo, puede abrir nuevas posibilidades en la

²⁷ ADAMOPOULOU, E. y MOUSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", cit., p. 1; ANDROUTSOPOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. y CHARALABIDIS, Y., "Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots", *Government Information Quarterly*, n. 36, 2019, p. 358.

²⁸ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102.

²⁹ MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., "A Typology of Chatbots in Public Service Delivery", *IEEE Software*, abril 2021, p. 4.

³⁰ ANDROUTSOPOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. y CHARALABIDIS, Y., "Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots", cit. p. 360.

³¹ VIEHHAUSER, J., "Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation", cit., p. 102.

³² ALBERTH, M. y MATTERN, M., "Understanding robotic process automation (RPA)", cit.

³³ En función del nivel de uso de la inteligencia artificial por los robots software, nos encontramos ante el proceso de automatización inteligente (IPA), el proceso de automatización inteligente aumentado (AIPA) o los agentes autónomos (AA). Véase al

automatización de la actuación administrativa. Pero también puede entrañar nuevos riesgos que las administraciones públicas deberán conocer y valorar y, en su caso, abordar.

2 Los robots en la Administración pública³⁴

Las administraciones públicas ya han empezado a incorporar los robots software en el desarrollo de sus actividades y en la prestación de servicios públicos³⁵. En efecto, como expone Bermúdez, “la robotización no es una tecnología del futuro. Actualmente la Seguridad Social está empleando la automatización robótica de procesos para sustituir tratamientos manuales en el proceso de alta de autónomos, consiguiéndose pasar de tiempos de tratamiento de minutos en el proceso realizado por personas a segundos en el proceso robotizado”³⁶.

De hecho, según el informe *Inteligencia artificial en el sector público*, los agentes virtuales ya son utilizados por el 30 % de las entidades que afirman utilizar la inteligencia artificial, si bien este empleo no se encuentra aún entre los usos de la inteligencia artificial más extendidos entre las administraciones públicas³⁷.

respecto NG, K.K.H., CHEN, C.-H., LEE, C.K.M., JIAO, J. y YANG, Z.-X., “A systematic literature review on intelligent automation: Aligning concepts from theory, practice, and future perspectives”, cit.

³⁴ En estas páginas no analizamos los robots con un soporte físico utilizados para la prestación de servicios públicos. Más allá del uso tradicional de estos robots para realizar tareas peligrosas o costosas, en los últimos años se ha ido extendiendo el uso de vehículos autónomos en algunos ayuntamientos para prestar transporte público o realizar tareas de seguridad ciudadana, así como, de manera experimental, para dar apoyo o ayuda a personas que tengan determinadas necesidades (asistenciales, sanitarias, sociales) no solo realizando tareas físicas, sino también facilitando apoyo psicológico a sus usuarios. Como ejemplo de este último uso, podemos traer a colación a ARI, el robot de compañía para personas mayores de Barcelona que permite recordarles la medicación o detectar situaciones de urgencia. Véase más información en: https://ajuntament.barcelona.cat/personesgrans/es/noticia/el-robot-social-misty-ii-se-incorpora-a-la-vida-de-una-veintena-de-personas-mayores_907595 (mayo de 2021).

³⁵ Como observan PIETERSON, W., EBBERS, W. y MADSEN, C.Ø., “New channels, new possibilities: A typology and classification of social robots and their role in multi-channel public service delivery”, *International Conference on Electronic Government, EGOV 2017*, Springer, Cham, 2017, la incorporación de los robots sociales abre la puerta a una nueva generación de canales para la relación con las administraciones públicas. De hecho, la automatización robótica de procesos es una de las tendencias más recientes de la Administración digital BARCEVICIUS, E., CIBAITÉ, G., CODAGNONE, C., GINEIKYTÉ, V., KLIMAVIČIŪTĖ, L., LIVA, G., MATULEVIČ, L., MISURACA, G. y VANINI, I., *Exploring Digital Government transformation in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, p. 24.

Más allá de las oficinas administrativas, algunos estudios señalan que el 80 % de las empresas estaban estudiando incorporar chatbots en 2020 (citado por ALMANSOR, E.H. y HUSSAIN, F.K., *Survey on Intelligent Chatbots: State-of-the-Art and Future Research Directions*, Springer International Publishing, Cham, 2020, p. 534). Asimismo, Gartner pronosticaba en 2017 que una persona tendría más conversaciones con un chatbot que con su pareja. Acceso web: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-predicts-a-virtual-world-of-exponential-change/> (mayo de 2021).

Véase un análisis exhaustivo de distintos robots conversacionales utilizados por administraciones públicas a nivel comparado en MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., “A Typology of Chatbots in Public Service Delivery”, cit.

³⁶ PASTOR BERMÚDEZ, A., “Innovando con servicios digitales en la administración pública”, Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021. Según este autor, “Esta combinación de productividad, precisión y bajo coste es una tormenta perfecta que se dirige hacia el mercado de trabajo y afectará necesariamente al sector público”.

³⁷ ERNST & YOUNG LLP, *Inteligencia artificial en el sector público. Cómo se benefician 213 organizaciones públicas de la IA. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes*, Microsoft, Madrid, 2020, pp. 44-45. Según el estudio, los usos más entendidos de la inteligencia artificial son mejorar la experiencia del usuario (39 %), detección de fraudes (35 %) o personalización del servicio (35 %).

En paralelo, cada vez son más las personas que afirman utilizar este canal de comunicación. Según Statista, un tercio de los españoles utiliza los asistentes virtuales de voz con frecuencia (un 4,2 % casi constantemente, el 9,4 % varias veces al día o el 6,1 % cada día). Acceso web: <https://es.statista.com/estadisticas/1018541/uso-de-asistentes-virtuales-de-voz-en-espana/> (mayo de 2021).

Más allá de estos datos, no existe un catálogo o inventario de experiencias de uso de los robots software por parte de las administraciones públicas españolas³⁸. Sin embargo, ello no es obstáculo para poder sistematizar los siguientes usos en las administraciones públicas³⁹:

En primer lugar, las administraciones públicas utilizan los robots software para la automatización de procesos (por ejemplo, cálculos de impuestos, gestión de solicitudes de autorización, procesamiento de sanciones, gestión de admisiones en centros educativos)⁴⁰. En esta dirección, por ejemplo, el Ayuntamiento de Barcelona ha puesto en marcha un proyecto de automatización robótica de procesos para tramitar expedientes de terrazas o para localizar personas que se encuentran en concurso de acreedores y tienen alguna deuda con el municipio⁴¹.

En segundo lugar, las administraciones públicas también usan los robots software para ofrecer servicios de información y atención a la ciudadanía. Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Córdoba dispone de Carina, un robot conversacional que ofrece información sobre el coronavirus⁴². También podemos traer a colación la experiencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que dispone de un chatbot para solucionar dudas sobre el IVA a los autónomos⁴³. En la misma dirección, el Ayuntamiento de Madrid pone a disposición de la ciudadanía un robot para atender dudas tributarias⁴⁴.

En tercer lugar, las administraciones públicas pueden utilizar los robots software como asistentes virtuales, es decir, no solo para informar o asesorar, sino también para realizar tareas. Sin embargo, en la actualidad no es una aplicación extendida entre las administraciones públicas españolas a pesar de que, en ocasiones, se ofrecen los servicios de robots conversacionales como asistentes virtuales (por ejemplo, en los casos de la AEAT o el Ayuntamiento de Madrid referidos anteriormente). En otros países, desde hace tiempo, algunas administraciones públicas están utilizando los asistentes virtuales comercializados por las grandes empresas

³⁸ Como puso de manifiesto la Red Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial (DAIA) en sus conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial celebrado en Toledo, 1 de abril de 2019, "hay serios problemas para identificar y controlar las que están en marcha o van a ser implantadas en un futuro inmediato". Por ello, se propuso que "[c]ualquier intento de abordar el análisis de los retos jurídicos que plantea la IA en el sector público debería partir de la elaboración de un catálogo exhaustivo de las experiencias e iniciativas".

³⁹ El uso de robots conversacionales no solo puede estar orientado a la ciudadanía, sino también a los empleados públicos. Esta es la finalidad, por ejemplo, del chatbot PAIGE (*Procurement Answers and Information Guided Experience*) de la ciudad de San Francisco que facilita información a los empleados públicos sobre los procedimientos de contratación pública o del chatbot Mrs. Landingham utilizado para orientar a nuevos empleados públicos en su incorporación a la Administración federal (Acceso web: <https://18f.gsa.gov/2015/12/15/how-bot-named-dolores-landingham-transformed-18fs-onboarding/>).

⁴⁰ BARCEVIČIUS, E., CIBAITĖ, G., CODAGNONE, C., GINEIKYTĖ, V., KLIMAVIČIŪTĖ, L., LIVA, G., MATULEVIČ, L., MISURACA, G. y VANINI, I., *Exploring Digital Government transformation in the EU*, cit., p. 24.

⁴¹ Acceso web: <https://ajuntament.barcelona.cat/imi/es/proyectos/automatizacion-de-procesos-traves-de-la-robotica-rpa> (mayo de 2021).

⁴² Acceso web: <https://www.cordoba.es/> (mayo de 2021).

⁴³ Acceso web: https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/RSS/Todas_las_Novedades/Le_interesa_conocer/Ampliacion_de_contenido_en_el_Asistente_Virtual_IVA.shtml (mayo de 2021).

⁴⁴ Acceso web: <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Actualidad/Noticias/El-Ayuntamiento-de-Madrid-pone-en-marcha-un-asistente-virtual-para-atender-dudas-tributarias/?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=852c423b5c0a1710VgnVCM2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=a12149> (mayo de 2021).

tecnológicas para canalizar la comunicación y la asistencia a la ciudadanía⁴⁵. En España, el Ayuntamiento de Madrid presentó en enero de 2021 un proyecto para facilitar el acceso a la información urbanística a través de Alexa⁴⁶.

Es previsible que el uso de los robots software se extienda en los próximos tiempos entre las administraciones públicas españolas de igual modo que está sucediendo en el sector privado, por los numerosos beneficios que puede generar⁴⁷. De hecho, durante la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, se ha observado un incremento de los robots conversacionales puestos a disposición de la ciudadanía por las administraciones públicas⁴⁸.

A ello puede contribuir el Plan de digitalización de las administraciones públicas 2021-2025 que define la Estrategia en materia de Administración Digital y Servicios Públicos Digitales⁴⁹, aprobado por el Gobierno en enero de 2021, en el marco de la Agenda España Digital 2025⁵⁰. El plan contempla específicamente la automatización digital de procesos en el eje relativo a la transformación digital de la Administración general del Estado⁵¹. En particular, esta medida persigue diseñar e implantar una plataforma corporativa que permita la automatización de actuaciones administrativas y tareas de los distintos departamentos ministeriales, incorporando componentes reutilizables de tratamiento de datos, documentos, imágenes, vídeos, audios, etc., basados en robotización e inteligencia artificial. Asimismo, el plan también propone facilitar ayuda financiera a las comunidades autónomas y entidades locales para la

Regap



ESTUDIOS

⁴⁵ OBSERVATORY OF PUBLIC SECTOR INNOVATION (OPSI) y UNITED ARAB EMIRATES (UAE) MOHAMMED BIN RASHID CENTRE FOR GOVERNMENT INNOVATION (MBRCGI), *Seamless Government*, Embracing Innovation in Government. Global Trends, 2020, p. 16. En particular, algunas administraciones públicas ya están utilizando experimentalmente asistentes virtuales para la prestación de servicios sociales. Véase al respecto WRIGHT, quien relata la experiencia de algunos municipios británicos que utilizan asistentes virtuales como Alexa de Amazon o Siri de Apple como alternativa o sustituto de los servicios y dispositivos de teleasistencia (WRIGHT, J., "The Alexaification of Adult Social Care: Virtual Assistants and the Changing Role of Local Government in England", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, n. 18, 2021, p. 812). En Estados Unidos de América, algunas administraciones públicas utilizan Alexa para ayudar a la ciudadanía con cuestiones relacionadas con el censo (Las Vegas), facilitar información a los visitantes (Misisipi). Véase al respecto 7 State or Local Governments Using Amazon Alexa. *Government technology* (26 de septiembre de 2017). Acceso web: <https://www.govtech.com/civic/7-state-or-local-governments-using-amazon-alexa.html> (mayo de 2021).

⁴⁶ Acceso web: <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Actualidad/Noticias/El-Ayuntamiento-presenta-el-Prototipo-Cibeles-un-proyecto-de-inteligencia-artificial-para-facilitar-el-acceso-a-la-informacion-urbanistica/?vgnextfmt=default&vgnextoid=d672d703f2d4771> (mayo de 2021).

⁴⁷ Al respecto, podemos traer a colación el Informe de 30 de enero de 2019 (A8-0019/2019) del Comité de Industria, Investigación y Energía del Parlamento Europeo sobre la política industrial europea en materia de inteligencia artificial y robótica, donde se subrayó que "son muchos los beneficios que se pueden obtener de la inteligencia artificial y la robótica en el sector público", reconociendo, en particular, "el uso de la automatización robótica de procesos y el impacto que puede tener en la mejora de los procesos en el sector público".

⁴⁸ Así, el robot conversacional Carina incorporado en distintos ayuntamientos alicantinos (por ejemplo, Alicante o Novelda) o Maia del Servicio Vasco de Salud. BONALES DAIMIEL y MARTÍNEZ advierten que, generalmente, estos robots conversacionales incorporan un bajo nivel de inteligencia artificial, dándose la circunstancia de que con frecuencia no llegan a entender las preguntas formuladas, lo que conlleva que las respuestas sean limitadas (BONALES DAIMIEL, G. y MARTÍNEZ, E., "Using Virtual Assistants and Chatbots for Crisis Communication", *adResearch: Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, n. 25, 2021, p. 79).

⁴⁹ Acceso web: https://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/dam/jcr:ae43f87a-9cdb-4ed9-9d78-d665a-5d8491a/20210127_Plan_Digitalizacion_AP_2021-2025.pdf (mayo de 2021).

⁵⁰ Acceso web: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-EspañaDigital_2025.pdf (mayo de 2021).

⁵¹ Medida 5.

realización de proyectos vinculados con la transformación digital, entre los que se incluye la automatización de procesos⁵².

Además del impulso que se pueda dar desde la estrategia de Administración digital, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial también prevé, entre las medidas para la mejora de los servicios a la ciudadanía recogidas en el eje estratégico relativo a potenciar el uso de la inteligencia artificial en la Administración pública, la automatización tanto para ofrecer a la ciudadanía y a las empresas unos servicios más adaptados, usables, accesibles y personalizados como para optimizar el tiempo y los recursos y mejorar la calidad de los servicios a través de la automatización de tareas rutinarias y repetitivas, de manera que el funcionariado pueda dedicarse a actividades de mayor valor⁵³.

De todos modos, más allá de las experiencias que ya se han ido poniendo en marcha por parte de distintas administraciones públicas o de los resultados que se puedan ir obteniendo en relación con la automatización de las administraciones públicas a través de robots software a medida que se vayan implementando las diversas estrategias adoptadas, aún queda un amplio camino para generalizar su uso entre las administraciones públicas y para conseguir todo su potencial.

3 Los principios de la automatización robótica de la Administración pública. Especial mención a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación

Los principios de la Administración digital definen el marco general en el que se ha de desarrollar cualquier servicio electrónico y, por lo tanto, también, la automatización robótica de la actuación y el funcionamiento de las administraciones públicas o el uso de robots conversacionales en la prestación de servicios públicos. Asimismo, estos principios tienen una importante función interpretativa del ordenamiento jurídico y dan respuesta a las lagunas que puede tener la legislación vigente, particularmente respecto a la incorporación de los robots software, sobre todo a medida que vayan incorporando también inteligencia artificial.

En efecto, como ha sido ampliamente reconocido, nuestro ordenamiento jurídico no regula explícitamente el uso de la inteligencia artificial en las administraciones públicas, lo que no es óbice para que no se apliquen a esta tecnología tanto los principios de actuación de las administraciones públicas como las normas que regulan el uso de los medios electrónicos⁵⁴.

⁵² Medida 17.

⁵³ Acceso web: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/ENIA2B.pdf> (mayo de 2021).

⁵⁴ Por todos, CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?"; *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019; GAMERO CASADO, E., "Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas"; *Diario La Ley*, n. 50, 2021.

En las próximas páginas exponemos brevemente los principios de la Administración digital que inciden de modo particular en la automatización de la actuación y el funcionamiento de las administraciones públicas, prestando una especial atención a los principios de transparencia e igualdad y no discriminación debido a la incidencia que el uso de la inteligencia artificial puede tener con relación a estos.

3.1 Los principios de la automatización robótica

Cuando las administraciones públicas deciden incorporar los robots software en su actuación y funcionamiento, deben tener en cuenta los principios de la Administración digital que recoge la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y que ha desarrollado y ampliado el Real decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos⁵⁵.

En particular, entre los principios de la Administración digital que tienen una incidencia directa en la automatización de la actuación y el funcionamiento de las administraciones públicas, podemos traer a colación los siguientes.

En primer lugar, el uso de robots software debe tener en cuenta el principio de servicio efectivo a los ciudadanos, es decir, el uso de estas aplicaciones debe perseguir mejorar el servicio que presta la Administración pública a la ciudadanía, por ejemplo, reduciendo tiempos de tramitación o de espera o simplificando los trámites gracias a su automatización. Los servicios prestados a través de robots software o que cuenten con su intervención en alguno de los trámites deben estar orientados a satisfacer las necesidades de la ciudadanía. Por ello, los robots software deben además basarse en el principio de la facilidad de uso que persigue poner a la persona usuaria en el centro del servicio, minimizando los conocimientos que deban ser necesarios para poderlos utilizar.

En segundo lugar, el uso de robots software debe contribuir a la simplicidad, claridad y proximidad a la ciudadanía. Este es un reto importante a la vista del estado de desarrollo de algunos robots conversacionales que con cierta frecuencia son incapaces de entender lo que se les pregunta o simplemente responden las preguntas formuladas por la ciudadanía con respuestas predefinidas sin tener la capacidad de entender cualquier solicitud de aclaración o personalizar la información a las necesidades específicas de cada persona. De este modo, las administraciones públicas, antes de decidir si incorporan un robot conversacional para prestar el servicio de información o atención a la ciudadanía, deben valorar si efectivamente con ello se fomentará la proximidad a la ciudadanía o la claridad de la información. Si bien el uso de los robots conversacionales es un instrumento que permite sustituir la atención a través de empleados públicos en algunos servicios de atención, no pueden convertirse en un obstáculo para poder obtener una respuesta efectiva y personalizada. Tampoco para que las personas puedan ejercer su derecho a elegir en todo momento

⁵⁵ Véase, al respecto, el artículo 3 de la Ley 40/2015 y artículo 2 del Real decreto 203/2021.

si se comunican con las administraciones públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no⁵⁶.

En tercer lugar, la automatización a través del uso de robots software debe promover los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión. Tal y como hemos visto antes, precisamente una de las finalidades principales del uso de los robots software es la automatización de tareas de manera que se puedan realizar de forma ágil y se incremente la disponibilidad de los servicios 24 horas al día 7 días a la semana. Asimismo, la automatización a través del uso de robots software debe perseguir el principio de simplificación que pretende facilitar que la incorporación de los medios electrónicos en la actividad administrativa suponga un auténtico rediseño de los procedimientos administrativos para reducir los tiempos o los plazos para su tramitación o suprimir las cargas administrativas⁵⁷.

En cuarto lugar, el uso de robots software debe respetar el principio de confianza legítima. La confianza de las personas en los robots conversacionales es el resultado de la concurrencia de distintos elementos, como su capacidad de interpretar correctamente las preguntas, la calidad de sus respuestas o su apariencia humana. También inciden otros elementos, como la seguridad o privacidad percibida o cualquier otro riesgo apreciado⁵⁸. En todo caso, la actuación externa de un robot conversacional puede generar en la persona apariencia suficientemente certera de que la Administración pública actuará de una determinada manera que debe ser respetada por la Administración pública cuando adopte una decisión.

En quinto lugar, el principio de responsabilidad por la gestión pública exige que las personas que interactúan con robots software utilizados por las administraciones públicas puedan reclamar por cualquier daño que les pueda generar, por ejemplo, una información incorrecta facilitada por el robot. Auditar si la información facilitada es incorrecta es más sencillo que cuando esta se da, por ejemplo, oralmente en una oficina de atención ciudadana. El uso de robots software permite grabar las transacciones que llevan a cabo, de manera que es relativamente sencillo auditar su funcionamiento. Asimismo, en el caso de los robots conversacionales, las personas pueden guardar prueba de la información intercambiada con el robot a los efectos de poder acreditar el contenido⁵⁹.

En sexto lugar, los robots software deben dar cumplimiento a los principios de eficacia para alcanzar los objetivos fijados; economía, suficiencia y adecuación estricta

⁵⁶ Artículos 13 y 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

⁵⁷ No entramos en este punto a analizar el proceso de diseño de la automatización robótica. Respecto al proceso de automatización, véase, ARTIFICIAL SOLUTIONS, *Chatbots: La Guía Definitiva*, 2020.

⁵⁸ FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. y BJØRKL, C.A., "What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study", cit.

⁵⁹ En esta dirección, la Agencia Estatal de Administración Tributaria ofrece la posibilidad de generar un documento en formato PDF que contenga una copia exacta de la información ofrecida por el asistente virtual. Sin embargo, dicha información únicamente tiene el carácter de mera información de los criterios administrativos existentes para la aplicación de la normativa tributaria y no de una consulta tributaria de acuerdo con lo que dispone el artículo 87 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, en contraposición a lo previsto en los artículos 88 y 89 de dicha ley. Acceso web: <https://www2.agenciatributaria.gob.es/wpl/AVAC-CALC/AsistenteIVA> (mayo de 2021).

de los medios a los fines institucionales; y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. Tal y como hemos indicado anteriormente, la automatización de tareas administrativas a través del uso de robots software puede facilitar la actuación de las administraciones públicas. Además, su incorporación es un proceso relativamente sencillo que no debe exigir realizar grandes inversiones ni llevar a cabo cambios importantes, por lo que su uso puede ser una medida económica y eficiente. La escalabilidad y adaptabilidad también pueden contribuir significativamente a estos principios.

En séptimo lugar, los robots software deben desarrollarse de acuerdo con los principios de cooperación y de interoperabilidad. Estos principios tienen diversas manifestaciones. Por ejemplo, los robots constituyen un mecanismo idóneo para automatizar el intercambio de datos entre administraciones públicas. Además, los robots software pueden extenderse entre las distintas administraciones públicas a través de la reutilización de las aplicaciones que utilicen las administraciones públicas. En última instancia, las administraciones públicas pueden promover la cooperación a través del uso de robots software⁶⁰. Así, por ejemplo, en vez de tener que consultar diversos portales de transparencia o sedes electrónicas, los robots software pueden interactuar con los robots software de otras administraciones públicas y facilitar de manera unificada la información requerida⁶¹.

En octavo lugar, la automatización a través del uso de robots software debe respetar el principio de accesibilidad para garantizar que la información y los servicios que se prestan a través de medios electrónicos puedan ser recibidos y conocidos por cualquier persona independientemente de sus circunstancias personales. Al respecto, es preciso recordar que la accesibilidad debe tenerse presente de forma integral en el proceso de diseño, gestión, mantenimiento y actualización de contenidos de los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles⁶².

Finalmente, los robots software también deben promover el principio de personalización y proactividad que persiguen adaptar los servicios a las necesidades o preferencias de las personas y anticiparse a sus necesidades y de este modo incrementar la relevancia para ellas. La personalización de servicios públicos implica sobre todo diseñar formas de prestación de los servicios que pongan a la ciudadanía en el centro del sistema. La proactividad implica que la Administración pública se anticipa ofreciendo o prestando un servicio sin esperar a que la persona manifieste que lo necesite o solicite su prestación.

⁶⁰ Así, por ejemplo, el Gobierno de Finlandia ha creado una red de distintos robots software (Migri, utilizado en el servicio de inmigración; Vero, usado en el área de impuestos; y Patentti-ja Rekisterihallitus, utilizado en el registro de empresas). Gracias a esta iniciativa, los tres robots software pueden intercambiar datos o transferir usuarios en función del tema planteado. Véase al respecto MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., "A Typology of Chatbots in Public Service Delivery", cit.

⁶¹ VAN NOORDT, C. y MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", cit., p. 56.

⁶² Según lo que dispone la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público y el Real decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, las administraciones públicas deben ofrecer un mecanismo de comunicación que permita presentar sugerencias y quejas, así como informar sobre cualquier posible incumplimiento de los requisitos de accesibilidad o que las administraciones públicas difundan una declaración de accesibilidad detallada, exhaustiva y clara sobre la conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente de sus sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles.

3.2 El principio de transparencia de la actuación administrativa

El uso de robots software en la Administración pública tiene distintas incidencias en el principio de transparencia de la actuación administrativa.

Por un lado, el uso de robots software puede contribuir a una mayor transparencia de las administraciones públicas, bien facilitando la difusión de la información pública, bien facilitando la localización o el acceso a la información pública⁶³.

Por otro lado, sin embargo, con frecuencia el uso de estas aplicaciones puede suponer un obstáculo para la transparencia de las administraciones públicas. En efecto, el uso de robots software puede generar opacidad porque no sea posible disponer de información sobre el diseño y el funcionamiento del robot software (trazabilidad), de información sobre cómo el robot software ha realizado una determinada tarea, ha tomado una determinada decisión o ha llegado a un determinado resultado (explicabilidad) o de información sobre la existencia misma de un robot en la interacción entre la Administración pública y una persona (comunicación).

La garantía del principio de transparencia cuando la Administración pública emplea robots software es particularmente compleja sobre todo cuando los robots utilizan algoritmos de inteligencia artificial debido a los problemas de opacidad que entraña el uso de esta tecnología. Al respecto, no podemos desconocer que, como ha sido ampliamente reconocido, los algoritmos son cajas negras⁶⁴.

La opacidad de los algoritmos puede tener diversas causas (técnicas, jurídicas u organizativas)⁶⁵ que pueden impedir que la ciudadanía tenga información suficiente y adecuada sobre los robots software que están utilizando las administraciones públicas en el desarrollo de su actividad y funcionamiento o en la prestación de servicios públicos. Pero también se puede dar la circunstancia de que las propias administraciones públicas carezcan de esta información, entre otros motivos, porque hayan adquirido los robots software del mercado. Incluso en el caso de que los robots sean desarrollados por la propia Administración pública, generalmente los desarrolladores no programan el código del robot, sino que su diseño se basa en la combinación de distintos componentes preconstituidos a través de herramientas gráficas, lo que, si bien simplifica enormemente el proceso, dificulta conocer los fundamentos y el funcionamiento del robot⁶⁶.

Por lo que respecta a la trazabilidad, es decir, a la capacidad de poder conocer cuándo ha intervenido un robot software, qué tecnología utiliza o qué datos ha empleado para desarrollar una determinada tarea, desde un punto de vista general la

⁶³ Como ponen de manifiesto VAN NOORDT y MISURACA, "los chatbots facilitarán a la gente superar el exceso de información: en vez de tener que encontrar la información por sí mismos, el chatbot les ayudarán a encontrar la información que necesitan" (VAN NOORDT, C. y MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", cit., p. 56).

⁶⁴ Por todos, PASQUALE, F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2015.

⁶⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 56, 2019; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas", *Anuario de Transparencia Local 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021.

⁶⁶ GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.

transparencia puede canalizarse a través de los mecanismos que contempla la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como las normas autonómicas y locales que la han desarrollado⁶⁷. Sin embargo, a día de hoy, tanto la difusión proactiva de la información sobre los robots software como el ejercicio del derecho de acceso a la información pública se han mostrado como ineficaces mecanismos para garantizar la transparencia de la actuación y el funcionamiento de las administraciones públicas a través de robots software⁶⁸.

De todos modos, debemos valorar positivamente que el Real decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, haya ampliado la información que las administraciones públicas deben difundir a través de las sedes electrónicas, incluyendo ahora también la relación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, procedimientos y trámites. Para ello, se informará de la descripción del diseño y funcionamiento de la actuación administrativa automatizada, de los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como de los datos utilizados en su configuración y aprendizaje⁶⁹. A pesar del interés de lo anterior, no podemos dejar de advertir la dificultad ante la que se pueden encontrar las administraciones públicas para cumplir con ello.

En relación con la intervención de un robot software determinado en la realización de una tarea en un procedimiento administrativo, debemos tener presente que, por lo general, todas las acciones realizadas por un robot software quedan registradas, normalmente con un identificador único, lo que facilita su trazabilidad y, por ende, la transparencia.

Respecto a la explicabilidad, o sea, la capacidad para revelar cómo un robot ha realizado una tarea, debemos tener presente que el ordenamiento jurídico no reconoce un derecho a la explicación más allá de lo que se deriva de la obligación que tienen las administraciones públicas de motivar sus decisiones⁷⁰. Ante la falta de concreción de esta cuestión, iniciativas como la Carta de Derechos Digitales tratan de reconocer un derecho a obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes al caso y de los criterios de aplicación de estas⁷¹.

⁶⁷ Asimismo, debe tenerse presente, en aquellos casos en los que el robot pueda tratar datos personales, que los artículos 13 y 14 RGPD prevén que el responsable del tratamiento debe facilitar al interesado información sobre la existencia de decisiones automatizadas que incluya información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Además, el artículo 15 RGPD reconoce el derecho de acceso para poder conocer información significativa sobre la lógica aplicada en la toma de decisiones automatizada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

⁶⁸ Véanse, al respecto, las consideraciones realizadas en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas", cit.

⁶⁹ Artículo 11.1.i) del Real decreto 203/2021.

⁷⁰ Artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. De todos modos, debe tenerse en cuenta, como observa GAMERO, que "no hace falta... El problema reside entonces en determinar cómo deben motivarse estos actos, no en discutir si deben motivarse o no" (GAMERO CASADO, E., "Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas", cit.).

⁷¹ Apartado XVI. Cabe poner de manifiesto que, en el momento de redactar estas páginas, la Carta de Derechos Digitales promovida por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se encuentra en fase de aprobación.

En cualquier caso, no podemos desconocer que, como advierte Gavilán, la falta de explicabilidad “de cara a los robots software todavía no constituye un problema acuciante”⁷². Incluso en los casos en los que utilizan inteligencia artificial, como hemos visto, es generalmente complementaria al proceso de toma de decisiones, por ejemplo aportando al robot software la capacidad de captar y comprender lo que le dicen las personas, pero sin darle una capacidad de decisión autónoma que en el caso de la mayoría de los robots software se limita a la aplicación de unas reglas claras y sencillas. Pero es evidente que, a medida que los robots software vayan adquiriendo mayor inteligencia a través de algoritmos de aprendizaje automático, cada vez tendrán una mayor autonomía y, por lo tanto, será más necesario garantizar la transparencia del proceso decisional, aunque también ello será más difícil de conseguir.

Finalmente, por lo que se refiere a la comunicación, las personas que se relacionan con la Administración pública deben saber que están interactuando con un robot software y no con un empleado público⁷³. Así, el Grupo de expertos de alto nivel independiente sobre inteligencia artificial destacó en sus directrices éticas para una inteligencia artificial fiable que “los sistemas de inteligencia artificial no deben presentarse a los usuarios como humanos: los humanos tienen derecho a ser informados de que están interactuando con un sistema de inteligencia artificial”⁷⁴. En esta dirección, el Código francés de relaciones entre la ciudadanía y la Administración prevé que “una decisión individual tomada sobre la base del procesamiento algorítmico incluye una mención explícita informando al interesado”⁷⁵. Nuestro ordenamiento jurídico no incluye, por el momento, ninguna regla en este sentido, lo que no impide que cuando una Administración pública utilice un robot software informe claramente a las personas de ello⁷⁶.

3.3 El principio de igualdad y no discriminación

Desde un punto de vista general, cuando la Administración pública automatiza el desarrollo de tareas o la prestación de servicios a través del uso de robots software,

⁷² GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.

⁷³ De todos modos, algunos estudios han mostrado que las personas no están particularmente preocupadas por si están interactuando con otra persona o con un robot, si bien por lo general se considera mayoritariamente que el elemento humano es importante: OBSERVATORY OF PUBLIC SECTOR INNOVATION (OPSI) y UNITED ARAB EMIRATES (UAE) MOHAMMED BIN RASHID CENTRE FOR GOVERNMENT INNOVATION (MBRCGI), *Seamless Government*, cit. Sin embargo, también es relevante observar que otros estudios concluyen que el conocimiento de estar interactuando con un robot tiene una influencia significativa en sus usuarios, incidiendo en su confianza la actitud respecto a la empresa o negocio (DE CICCO, R., DA COSTA E SILVA, S.C.L. y PALUMBO, R., *Should a Chatbot Disclose Itself? Implications for an Online Conversational Retailer*, cit.). Respecto a las causas que generan confianza en los robots conversacionales, véase FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. y BJØRKLÍ, C.A., “What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study”, cit.

⁷⁴ INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, European Commission, Brussels, 2019, p. 18. En la misma dirección, posteriormente, se manifestó la COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza COM(2020) 65 final*. 2020.

⁷⁵ Artículo 311-3-1 del Código de relaciones entre la ciudadanía y la Administración.

⁷⁶ MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, cit. De hecho, generalmente ya es así. De todos modos, no podemos desconocer que ALMANSOR, E.H. y HUSSAIN, F.K. *Survey on Intelligent Chatbots: State-of-the-Art and Future Research Directions*, cit., p. 534, destacan que los chatbots se diseñan con el objetivo de convencer a las personas de que están hablando con humanos en vez de con máquinas.

debe garantizar que se respete la igualdad de las personas. De este modo, debe evitar que el uso de los robots software pueda causar restricciones en el acceso de la ciudadanía a las administraciones públicas o discriminaciones entre las personas que usen estos medios y aquellas que no los utilicen. Así, las administraciones deben adoptar las medidas necesarias para impedir que la automatización genere una brecha digital. Para evitarlo, las administraciones públicas deben garantizar el derecho a la asistencia en el uso de los medios electrónicos a través de las oficinas de asistencia en materia de registros. Este derecho puede vehicularse a través de distintos canales (presencial, portales de internet y sedes electrónicas, redes sociales, telefónico y correo electrónico)⁷⁷. Sin embargo, no podemos desconocer que, a pesar de ser un nuevo canal de interacción entre las administraciones públicas y la ciudadanía, los robots software no se han incluido entre los canales de asistencia para el acceso a los servicios electrónicos previstos en el artículo 4 Real decreto 203/2021⁷⁸.

Más allá de estas consideraciones generales, debemos advertir que el uso de robots software, sobre todo cuando utilizan de una u otra manera inteligencia artificial, puede llevar a discriminaciones generadas por los sesgos que puedan tener los algoritmos⁷⁹. Los robots pueden ofrecer una imagen de la Administración pública o llegar a resultados distorsionados o incorrectos que no representen la realidad sin que exista una causa objetiva y razonable que justifique la diferenciación de trato.

Dos ejemplos pueden ilustrarlo. En primer lugar, es habitual que los avatares utilizados por los robots conversacionales sean femeninos. Así, Carina, Victoria o la abuela Elvira son las asistentes virtuales de los Ayuntamientos de Córdoba, Málaga o Arganda⁸⁰. En segundo lugar, con frecuencia los algoritmos para la traducción automática que utilizan los robots conversacionales también tienen sesgos (por ejemplo, traducen del inglés *nurse* por enfermera mientras que *lawyer* es abogado).

El sesgo de género ha sido uno de los que se ha observado de manera más generalizada⁸¹.

Pero, además de los sesgos de género, es habitual que los algoritmos puedan generar discriminaciones con relación a personas con diversidad funcional⁸². Así, los algoritmos utilizados para el procesamiento del lenguaje natural están dando

⁷⁷ Artículo 4 del Real decreto 203/2021.

⁷⁸ En cualquier caso, debe tenerse en cuenta la remisión que contiene dicho artículo a “[c]ualquier otro canal que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”.

⁷⁹ Hemos tenido oportunidad de tratar en detalle estas cuestiones en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La inteligencia artificial y el control de sus posibles sesgos”, Villoria Mendieta, M. (ed.), *Ética pública en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021 (en prensa).

⁸⁰ Esta situación no es exclusiva de los avatares de las administraciones públicas, sino que se da también en grandes corporaciones tecnológicas (algunos ejemplos son Alexa, Cortana, Aura o Siri), lo que dio lugar a una campaña para desfeminizar los asistentes virtuales (#VocesEnIgualdad) que se inició en noviembre de 2018 para hacer frente a esta situación.

⁸¹ Desde un punto de vista general, lo advierten ADAMOPOULOU y MOUSSIADES, quienes observan que “la mayoría de los chatbots se utilizan normalmente como asistentes personales o secretarías para ejecutar actividades que imitan estereotipos femeninos” (ADAMOPOULOU, E. y MOUSSIADES, L., “Chatbots: History, technology, and applications”, cit., p. 1). Igualmente, BONALES DAIMIEL, G. y MARTÍNEZ, E., “Using Virtual Assistants and Chatbots for Crisis Communication”, cit., p. 76.

⁸² MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, cit., recuerdan que un chatbot fue interrumpido por sus dificultades para ser utilizados por personas con discapacidad. Acceso web: <https://www.abc.net.au/news/2017-09-21/government-stalls-ndis-virtual-assistant-voiced-by-cate-blanchet/8968074> (mayo de 2021).

mayores errores cuando se trata de comprender el contenido de textos escritos por una persona que tiene dislexia y puede confundir las letras o su grafía u otra que tiene disgrafía que le genera dificultades para espaciar correctamente las letras o para escribirlas con el mismo tamaño. También pueden mostrar más dificultades cuando se procesa un discurso pronunciado por una persona que sufre una depresión o autismo⁸³.

Todo ello es debido a que el proceso de diseño y aprendizaje de los algoritmos utilizados por los robots software puede incorporar sesgos que están en los datos que se emplean para construir los modelos (por ejemplo, los rostros utilizados para entrenar la mayoría de los algoritmos de reconocimiento facial corresponden un 75 % a hombres y más de un 80 % de raza blanca)⁸⁴. En otras ocasiones, otros sesgos se deben al diseño del propio algoritmo al trasladarle, de manera consciente o inconsciente, sesgos de los propios diseñadores. En última instancia, el sesgo deriva de la actuación de los responsables públicos que deciden qué algoritmos se utilizan y, por ejemplo, deciden que el avatar sea femenino.

Para evitar que el uso de robots software pueda derivar en discriminaciones por razón de género o de cualquier otra condición personal o social, las administraciones públicas deben adoptar medidas adecuadas⁸⁵. En esta dirección el Consejo de Europa, en la recomendación sobre los impactos en los derechos humanos de los sistemas algorítmicos de 8 de abril de 2020, señala que los Estados deben revisar las normas y las políticas para garantizar que la contratación, diseño, desarrollo y despliegue de la inteligencia artificial respete, entre otros aspectos, la no-discriminación.

Entre otras medidas, las administraciones públicas deben asegurarse de que los algoritmos que utilizan los robots software hayan sido entrenados con datos de calidad que respondan a la diversidad del colectivo que se verá afectado por las tareas a desarrollar. También pueden fomentar la participación en el diseño de los algoritmos a fin de diversificar el perfil de los diseñadores y evitar los sesgos que puedan tener. Asimismo, deben promover la transparencia sobre cómo están diseñados los robots software, sobre cómo funcionan o sobre los datos que utilizan para realizar una tarea, de manera que cualquier persona puede identificar si un algoritmo contiene sesgos o los resultados obtenidos por él son discriminatorios. Por último, el fortalecimiento de la gobernanza de la inteligencia artificial en las entidades públicas es otro mecanismo para prevenir los sesgos en los robots software.

⁸³ WHITTAKER, M., ALPER, M., BENNETT, C.L., HENDREN, S., KAZIUNAS, L., MILLS, M., MORRIS, M.R., RANKIN, J., ROGERS, E. & SALAS, M., *Disability, Bias, and AI*, AI Now Institute, New York, 2019.

⁸⁴ Según datos del informe elaborado en febrero de 2018 por BUOLAMWINI, investigadora del MIT Media Lab. El mismo informe observó que el error en el reconocimiento de los rostros era menor al 1 % en el caso de hombres con piel clara; un 7 % en el de mujeres blancas; un 12 % en el de hombres de piel oscura y hasta un 35 % en el de mujeres de piel oscura (BUOLAMWINI, J. y GEBRU, T., "Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification", *Proceedings of Machine Learning Research*, n. 81 (Conference on fairness, accountability and transparency), 2018, pp. 77-91).

⁸⁵ La Carta de Derechos Digitales a la que hemos hecho referencia anteriormente reconoce que "se deberá garantizar el derecho a la no discriminación algorítmica, cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza del sesgo, en relación con las decisiones y procesos basados en algoritmos".

4 La automatización a través de robots como actuación administrativa automatizada

La principal finalidad del uso de los robots software en las administraciones públicas es automatizar su actuación y funcionamiento.

Cuando el uso de robots software sustituya la intervención de un empleado o empleada pública, nos encontraremos ante una actuación administrativa automatizada que debe desarrollarse y está sometida a las normas que analizamos a continuación. Además, cuando la automatización suponga el tratamiento de datos personales, estará sujeta a distintos principios y límites que recoge el Reglamento general de protección de datos.

4.1 La actuación administrativa robótica

Las administraciones públicas pueden adoptar decisiones automatizadas utilizando para ello robots software. En efecto, desde un punto de vista general, debemos tener presente que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), regula la actuación administrativa automatizada, entendiéndola como tal “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”⁸⁶.

El uso de robots para realizar actuaciones administrativas de manera automatizada entraña algunas cuestiones específicas, tales como su alcance y uso, la vinculación de la decisión adoptada por un robot por parte de las administraciones públicas, las fases del procedimiento administrativo en las que pueden intervenir los robots o la motivación de las decisiones públicas que se toman a través de algoritmos.

a) Actuación realizada a través de medios electrónicos

La LRJSP utiliza de manera genérica la expresión *medios electrónicos* a la hora de definir la actuación administrativa automatizada y el Real decreto 203/2021 no concreta en su anexo con definiciones qué tecnologías deben entenderse incluidas en esta expresión⁸⁷. Si bien es probable que el legislador no tuviese en mente la posibilidad de utilizar robots software y, mucho menos, inteligencia artificial en un procedimiento administrativo, a nuestro entender no hay obstáculo alguno para considerar que estas aplicaciones pueden ser utilizadas por las administraciones públicas para automatizar su actividad.

En la actualidad, el diseño de un robot software no responde a la tramitación de un procedimiento específico. Tampoco la decisión de usar robots software en la Administración pública se encuentra formalizada⁸⁸.

⁸⁶ Artículo 4.1.1 de la LRJSP. Véase, asimismo, el artículo 13 del Real decreto 203/2021.

⁸⁷ La LRJSP no define en la actualidad qué debe entenderse por medio electrónico, como sí hacía la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que definía el medio electrónico de una manera muy amplia.

⁸⁸ Como es conocido, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, preveía que las administraciones públicas debían aprobar previamente los programas y apli-

Sin embargo, esta situación no es óbice para señalar que sería oportuno que la legislación incorporase un procedimiento específico para aprobar el uso de robots software y, en general, de algoritmos en las administraciones públicas. A nuestro entender, la extensión de los robots software, así como de la inteligencia artificial entre las administraciones públicas, debería ir acompañada de la previsión de un procedimiento que permitiese valorar adecuadamente los riesgos que el uso de estas aplicaciones y tecnologías pueda comportar, que facilitase la participación tanto de técnicos como de la ciudadanía en general en dicha valoración y que permitiese formalizar adecuadamente la decisión, así como darle la máxima publicidad y transparencia.

A pesar de lo anterior, no consideramos que la manera de dar respuesta a todas estas necesidades pase por la consideración de los robots software o de los algoritmos como normas reglamentarias, puesto que no dejan de ser un medio técnico al servicio de la Administración pública que, por el impacto que su uso puede tener en distintos bienes o derechos, exige que su empleo por la Administración pública se dote de unas determinadas garantías que, por otro lado, probablemente el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias en la práctica tampoco ofrecerá de manera eficaz⁸⁹.

Junto a la previsión de un procedimiento, sería necesario también diseñar un marco institucional que permita garantizar la seguridad –jurídica y tecnológica–, la transparencia y la rendición de cuentas en el uso de los robots software por las administraciones públicas tal y como hemos tenido oportunidad de proponer específicamente en relación con la inteligencia artificial⁹⁰.

b) Actuación en el marco de un procedimiento administrativo

La LRJSP se refiere de este modo a actuaciones administrativas formalizadas realizadas durante la tramitación de un procedimiento administrativo⁹¹. En muchos casos el uso de robots software se realizará en el marco de un procedimiento administrativo para obtener, gestionar o analizar datos, para enviar o comunicar documentos o para comunicar, recibir o interpretar información de las personas

caciones electrónicos, informáticos y telemáticos y difundir sus características. No obstante, esta previsión desapareció en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, y no se ha incorporado en la LRJSP. Esta involución ha sido criticada por diversos autores. Así, para BOIX “el retroceso producido en 2007 en este punto, y consolidado definitivamente en 2015, es manifiesto” (BOIX PALOP, A., “La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020, pp. 223-270). Asimismo, VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019.

⁸⁹ A favor del carácter reglamentario de los algoritmos se ha manifestado BOIX PALOP, A., “La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, cit. En contra de esta postura, HUERGO LORA, A., “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, Huergo Lora, A. (ed.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 64 y ss.

⁹⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, *European review of digital administration & law*, n. 1, 2020.

⁹¹ Valero pone de manifiesto que “la regulación de 2015 se sigue centrando en la actividad administrativa formalizada y, en particular, en el acto y el procedimiento administrativos como paradigmas de las garantías subyacentes”, lo que, advierte, es “un enfoque manifiestamente insuficiente desde la perspectiva de la transformación digital que se demanda del sector público” (VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, cit.).

interesadas⁹². Asimismo, los robots pueden llegar a ser utilizados en el marco de un procedimiento para la emisión de cualquier declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo. Con este objetivo, por ejemplo, se ha modificado el Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, para prever el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en el orden social mediante la extensión de actas de infracción automatizadas⁹³.

Sin embargo, más allá del concepto estricto de la actuación administrativa automatizada que incluye la LRJSP, ello no debe ser obstáculo para que la Administración pública pueda utilizar la inteligencia artificial en el desarrollo de otras actuaciones materiales que no se verán sometidas a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Este sería el caso, por ejemplo, del uso de los robots conversacionales o asistentes que se utilicen para informar o atender a la ciudadanía⁹⁴.

En función de la capacidad del robot software, tanto su intervención en el procedimiento como los efectos jurídicos de la actuación automatizada serán distintos y se incrementarán significativamente a medida que se le dote de mayor capacidad de aprendizaje automático a través de la inteligencia artificial. En función de los riesgos que ello pueda entrañar, se deberán adecuar las medidas que se adopten para garantizar el cumplimiento de los distintos principios de la Administración digital o el respeto de los derechos de las personas interesadas o el nivel de supervisión humana, que en todo caso deberá ser proporcional a estos⁹⁵.

c) Actuación sin intervención directa de empleado público

La ausencia de intervención humana es el elemento esencial a la hora de determinar si nos encontramos ante una actuación administrativa automatizada⁹⁶. Esta es precisamente la principal característica de los robots software, tal y como los hemos definido, al desarrollar sus tareas no solo de manera automática sin la necesidad de que intervenga, sino de igual manera que lo haría una persona.

⁹² En esta dirección, el artículo 44 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, dispone que las actuaciones automatizadas pueden utilizarse "para constatar la concurrencia de los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, declarar las consecuencias previstas, adoptar las resoluciones y comunicar o certificar los datos, actos, resoluciones o acuerdos que consten en sus sistemas de información", siempre y cuando los actos "puedan adoptarse con una programación basada en criterios y parámetros objetivos".

⁹³ Artículo 53.1.a) modificado por el Real decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. Véase, en general, sobre la selección automatizada de sujetos a investigar, TODOLÍ SIGNES, A., "Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 59, 2020, pp. 313-337.

⁹⁴ Por ejemplo, tal y como dispone el artículo 87 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

⁹⁵ Véase al respecto ROIG BATALLA, A., *Las garantías frente a las decisiones automatizadas. Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, JM Bosch, Barcelona, 2020.

⁹⁶ Más allá de lo previsto en la legislación vigente, no podemos desconocer que tradicionalmente algunos autores habían negado la posibilidad de que un acto administrativo pudiese dictarse sin la intervención de una persona, puesto que estas "manifestaciones de voluntad y las máquinas, al no tenerla, carecen de posibilidad de producir actos jurídicos" (PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 174).

Los robots software son una tecnología para automatizar la actuación y el funcionamiento de las administraciones públicas y, desde esta perspectiva, su intervención en un procedimiento conllevará que no participe una persona.

Ello no quiere decir que cuando intervenga un robot software no haya ningún tipo de implicación humana. Precisamente, para garantizar la fiabilidad de los robots software y, en general, de la inteligencia artificial es necesario garantizar la supervisión humana⁹⁷. La supervisión humana de los robots software se puede dar en distintos momentos y su alcance también puede ser diferente.

Al margen de otras consideraciones, la lectura de la LRJSP permite observar que la actuación administrativa automatizada exige la intervención humana a través del órgano u órganos competentes en dos momentos.

En primer lugar, al definir las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente⁹⁸. Este es un aspecto esencial no solo para garantizar la transparencia en el uso de los robots software, sino también para asegurar el respeto de los principios y normas que deben guiar el uso de estos dispositivos en el ejercicio de potestades públicas. Tal y como hemos indicado anteriormente, en la actualidad no existe un procedimiento específico para concretar estos elementos. No obstante, resulta de interés observar que, aunque sin carácter básico, el Real decreto 203/2021 ha añadido, respecto a lo que dispone la LRJSP, que la resolución por la que se autorice el uso de un robot software para automatizar una actuación administrativa deberá establecer las medidas que sean adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas⁹⁹.

En segundo lugar, al resolver los recursos contra las decisiones automatizadas, para lo que la Administración pública deberá definir el órgano que deberá ser considerado responsable a efectos de impugnación¹⁰⁰. En relación con este elemento, más allá de los mecanismos de control administrativo y judicial que ya reconoce el ordenamiento jurídico, sería oportuno promover la creación de órganos administrativos específicos para el control del uso de los robots software y, en general, de inteligencia artificial en las administraciones públicas.

⁹⁷ La fiabilidad ha sido reconocida como principio ético que debe guiar el desarrollo de la inteligencia artificial. Así, según las Directrices éticas para una IA fiable, la fiabilidad del algoritmo consiste en la licitud del uso de la inteligencia artificial; en su eticidad y en su robustez (Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, 2019). Posteriormente se ha referido a este principio COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza COM(2020) 65 final*, 2020.

⁹⁸ Véase al respecto GAMERO, quien destaca que “la supervisión del sistema y su auditoría son, por tanto, el primer y muy relevante mecanismo de control que debe existir sobre la inteligencia artificial en el sector público” (GAMERO CASADO, E., “Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas”, cit.).

⁹⁹ Artículo 13 del Real decreto 203/2021.

¹⁰⁰ El artículo 13 del Real decreto 203/2021 ha previsto que, en el ámbito estatal, la resolución por la que se autorice el uso de un robot software en la actuación administrativa automatizada deberá indicar los recursos que procedan contra la actuación, el órgano administrativo o judicial, en su caso, ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

La LRJSP dispone que la decisión automatizada debe imputarse al órgano u organismo determinado por cada Administración pública¹⁰¹. Para ello, debe determinar qué sistema de firma electrónica utilizará en el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada (el sello electrónico de Administración pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado o el código seguro de verificación)¹⁰².

Sin embargo, en la actualidad ello no se hace o, si se hace, no con la publicidad y la transparencia necesarias para garantizar las finalidades que deberían derivarse de estos trámites que persiguen asegurar la trazabilidad del uso de los robots software en la automatización, así como la comunicación a la ciudadanía de que estos robots son empleados en determinadas actuaciones. Además, si bien es habitual que los robots software utilicen un identificador que permite monitorizar su actuación, ello no determina que se haga usando los mecanismos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Más allá de estas limitaciones prácticas, la no intervención de una persona al automatizar la actuación administrativa ha generado un amplio debate académico, en particular con relación a qué potestades pueden ser ejercidas de manera automatizada por las administraciones públicas y también si puede automatizarse el ejercicio de potestades discrecionales.

La primera cuestión que debemos tener presente al respecto es que en la actualidad los robots software difícilmente sustituirán a las personas en el ejercicio de potestades discrecionales. En efecto, como hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto anteriormente, por lo general estos robots son utilizados para desarrollar tareas siguiendo reglas claras que no admiten excepciones. Lo habitual será, pues, que sean usados para automatizar la realización de trámites reglados.

La segunda cuestión es que, aun en el caso de que un robot software empleado por una Administración pública incorpore algoritmos de aprendizaje automático, será utilizado en entornos poco complejos, ya que, hoy por hoy, la inteligencia artificial solo ha demostrado resultados óptimos en entornos de cierta incertidumbre cuando la complejidad es baja¹⁰³. Si bien es habitual que desarrolle de manera satisfactoria procesos analíticos o de razonamiento, aún no es capaz de llevar a cabo adecuadamente y de manera generalizada procesos racionales como realizar juicios o ponderaciones

¹⁰¹ Al respecto, el artículo 13 del Real decreto 203/2021 dispone que, en el ámbito local, en caso de actuación administrativa automatizada, se estará a lo establecido en la disposición adicional octava del Real decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. En particular, dicha disposición prevé que, en el ejercicio electrónico de las funciones reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter general, los puestos reservados a ellos tendrán la consideración de órgano.

¹⁰² Artículo 42 de la Ley 40/2015. No entramos en este punto a analizar si los robots software deberían tener reconocida personalidad jurídica tal y como, con carácter general, ha sugerido el Parlamento Europeo, en su resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. Respecto al estado actual de este debate, puede consultarse, entre otros, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., "Robots inteligentes y personalidad", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 53, 2020.

¹⁰³ BULLOCK, J.B., "Artificial intelligence, discretion, and bureaucracy", *The American Review of Public Administration*, n. 49, 2019, p. 756.

complejos¹⁰⁴. Por lo tanto, los robots software dotados con inteligencia artificial podrían ser usados para desarrollar tareas con un bajo nivel de discrecionalidad o cuando el ejercicio de la potestad discrecional supone el uso de criterios técnicos y no políticos¹⁰⁵.

En cambio, no parece que el estadio de desarrollo actual de los robots software y, en general, de la inteligencia artificial permita considerar que estos puedan ser utilizados en situaciones con mayor complejidad o incertidumbre, así como en juicios o ponderaciones más complicados o que exijan el uso de criterios no estrictamente técnicos, es decir, con un mayor nivel de discrecionalidad. En estos entornos, los robots software pueden ser útiles para automatizar algunas tareas preparatorias de la toma de decisión; por ejemplo, el análisis de grandes cantidades de datos o de datos distribuidos en numerosas bases de datos, de manera que se pueda poner a disposición de los decisores los elementos necesarios para que estas sean de la máxima calidad posible.

En cualquier caso, tal y como hemos tenido oportunidad de analizar en otra ocasión, la decisión sobre si se pueden utilizar robots software en el ejercicio de potestades discrecionales no puede ser ni absoluta ni general y debe estar presidida por el principio de precaución y responder a un conocimiento del estado de desarrollo técnico de la inteligencia artificial y a un análisis de los riesgos que el uso de los robots software pueda comportar respecto a otros principios y bienes¹⁰⁶.

Pero, más allá de lo que efectivamente pueda llegar a permitir el desarrollo tecnológico, debe valorarse si un robot software puede efectivamente ejercer potestades discrecionales o si debe establecerse “una reserva para la toma de ciertas decisiones a humanos, lo que denominaremos aquí una reserva de humanidad”, entre otros motivos por las necesidades de garantizar la empatía en la toma de decisiones públicas, habilidad inherente a las personas¹⁰⁷.

En relación con esta cuestión, más allá de traer a colación el hecho de que aunque de manera todavía muy rudimentaria ya se han diseñado algoritmos que son capaces de analizar emociones, debemos recordar la necesidad de garantizar la supervisión humana del uso de la inteligencia artificial por los robots software. Esta supervisión no debe reservarse en exclusiva a la toma de la decisión en sentido estricto, sino que también puede producirse *ex ante* al analizar los riesgos inherentes al uso de un robot software en la fase de resolución de un procedimiento administrativo o prever

¹⁰⁴ NOTO LA DIEGA, G., “Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n. 9, 2018, p. 6; YEUNG, K., “Why worry about decision-making by machine?”, Yeung, K. y Lodge, J. (eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 24.

¹⁰⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, cit. En la misma dirección, aunque con carácter general respecto al ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada, MARTÍN DELGADO, I., “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, 2009, pp. 353-386.

¹⁰⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, cit.

¹⁰⁷ PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

mecanismos de certificación o auditoría o *ex post* al articular mecanismos *ad hoc* para el control de las decisiones adoptadas de manera automatizada.

4.2 La protección de datos personales como límite a la automatización

A medida que los robots software y, en particular, los robots conversacionales adquieren una mayor habilidad para interactuar con las personas, se incrementa significativamente la posibilidad de intercambiar datos personales y que estos sean tratados sin que las personas afectadas tengan conocimiento de ello¹⁰⁸, o la posibilidad de inferir nuevos datos personales a partir de los datos intercambiados¹⁰⁹. Además, también se incrementan los riesgos de que dichos datos sean conocidos por terceras personas sin que tengan legitimidad para ello¹¹⁰.

Desde un punto de vista general, ello supone el sometimiento de los tratamientos de datos personales que realicen de manera automatizada los robots software a los principios previstos en el Reglamento general de protección de datos. Además, será necesario que la Administración pública disponga de una base jurídica legitimadora adecuada para que los robots software puedan tratar los datos.

Asimismo, la Administración pública, como responsable del tratamiento realizado por el robot software, deberá informar a las personas afectadas acerca de la existencia de decisiones automatizadas que incluya información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado¹¹¹. En general, las administraciones públicas no informan específicamente sobre estos extremos fuera de lo que puedan recoger los avisos legales o condiciones de uso de los portales de internet o sedes electrónicas a través de los que se pueda acceder al robot software¹¹².

¹⁰⁸ ISCHEN, C., ARAUJO, T., VOORVELD, H., VAN NOORT, G. y SMIT, E., "Privacy concerns in chatbot interactions", *International Workshop on Chatbot Research and Design*, Springer, Cham, 2019, pp. 34-48, han constatado que los robots conversacionales que tienen una mayor apariencia humana llevan a una mayor relevación de información personal y a una menor preocupación por cuestiones relacionadas con la privacidad por parte de las personas que los que tienen una apariencia de máquina.

¹⁰⁹ En esta dirección lo advierten BELEN SAĞLAM, R. y NURSE, J.R.C., "Is your chatbot GDPR compliant? Open issues in agent design", cit.

¹¹⁰ No podemos desconocer las cuestiones de seguridad relacionadas con los robots y asistentes virtuales. Al respecto, son ilustrativos los siguientes titulares: "Amazon's Alexa recorded private conversation and sent it to random contact" (Alexa de Amazon grabó conversaciones privadas y las envió a un contacto al azar), *The Guardian*, 24 de mayo, 2018. Acceso web: <https://www.theguardian.com/technology/2018/may/24/amazon-alexa-recorded-conversation> (mayo de 2021), o "Amazon employees listen in to thousands of customer Alexa recordings" (Trabajadores de Amazon escuchan miles de grabaciones de clientes de Alexa), *The Telegraph*, 11 de abril, 2019. Acceso web: <https://www.telegraph.co.uk/technology/2019/04/11/amazon-employees-listen-thousands-customer-alexa-recordings/> (mayo de 2021). En relación con estas cuestiones, véase BOLTON, T., DARGAHI, T., BELGUTH, S., AL-RAKHAMI, M.S. y SODHRO, A.H., "On the security and privacy challenges of virtual assistants", *Sensors*, n. 21, 2021, p. 2312.; CHUNG, H., IORGA, M., VOAS, J. y LEE, S., "Alexa, Can I Trust You?", *Computer*, n. 50, 2017, pp. 100-104.

¹¹¹ Artículos 13 y 14 RGPD.

¹¹² De todos modos, ya existen robots conversacionales que informan sobre la política de protección de datos con carácter previo al inicio de la conversación. Véase como ejemplo el robot conversacional del Ayuntamiento de Córdoba, que además de informar sobre la política de privacidad también solicita el consentimiento a la persona usuaria sobre la grabación de las conversaciones a los efectos de poder mejorar el algoritmo. Acceso web: <https://www.cordoba.es/> (mayo de 2021). De todos modos, llama la atención que la política de privacidad es la de la empresa proveedora. Acceso web: <https://1millionbot.com/politica-de-privacidad/> (mayo de 2021).

Más allá de esta información, los interesados podrán ejercer su derecho de acceso para poder conocer si se están tratando o no datos personales que les conciernen y obtener información significativa sobre la lógica aplicada en la toma de decisiones automatizada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para la persona interesada¹¹³.

Además, cuando el tratamiento de datos personales que lleve a cabo el robot software pueda suponer un alto riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas, por ejemplo porque permita realizar una elaboración de perfiles, el responsable del tratamiento debe evaluar el impacto en la protección de los datos personales de dicho tratamiento. De este modo, podrá conocer la necesidad y proporcionalidad del tratamiento, la gravedad y la probabilidad de riesgo para los datos personales y, en su caso, identificar las medidas, las garantías y los mecanismos que se deban adoptar para mitigar el riesgo, garantizar la protección de los datos personales y demostrar la conformidad con el RGPD¹¹⁴.

Desde un punto de vista particular, debemos recordar que el RGPD reconoce el derecho de todo interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar¹¹⁵. Este derecho se ha reconocido como una prohibición de que se adopten decisiones automatizadas cuando concurren los elementos a los que nos referiremos a continuación y no exista una habilitación para ello¹¹⁶.

En primer lugar, que la decisión se base únicamente en un tratamiento automatizado, es decir, que no cuente con una intervención humana o que, aunque intervenga una persona, no tenga una participación significativa¹¹⁷. Este podría ser el caso de decisiones administrativas automatizadas adoptadas a través de un robot software.

En segundo lugar, que la decisión produzca efectos jurídicos en la persona o le afecte significativamente de modo similar; por ejemplo, que la decisión adoptada por un robot software afecte al acceso de una persona a los servicios públicos o le deniegue una ayuda a la que tenga derecho¹¹⁸.

De este modo, un robot software no podrá tratar datos personales para tomar una decisión automatizada que produzca efectos jurídicos si no concurre alguna de las excepciones que contempla el propio RGPD. En particular, el robot software

¹¹³ Artículo 15 del RGPD. Asimismo, podrán ejercer el derecho de rectificación cuando los datos personales utilizados en la elaboración del perfil sean inexactos (artículo 16 RGPD). También podrán ejercer el derecho de supresión de los datos personales (artículo 17 RGPD).

¹¹⁴ Artículo 28.1 de la LOPDGD. Véase al respecto la lista de los tipos de operaciones de tratamiento elaborada por la Agencia Española de Protección de Datos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.4 RGPD. Acceso web: <https://www.aepd.es/media/criterios/listas-dpia-es-35-4.pdf> (mayo de 2021).

¹¹⁵ Artículo 22.1 del RGPD.

¹¹⁶ Como ha reconocido el Grupo de trabajo del artículo 29 (2018), el hecho de que el artículo 22 del RGPD se refiera a un derecho no quiere decir que "se aplique solo cuando se invoque de forma activa por parte del interesado".

¹¹⁷ GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, 2018, p. 23; VEALE, M. y EDWARDS, L., "Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling", *Computer Law & Security Review*, n. 34, 2018.

¹¹⁸ GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, cit., p. 24.

podrá tratar datos personales si la decisión que se automatice es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; está autorizada por el derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o se basa en el consentimiento explícito del interesado¹¹⁹.

En el caso de los tratamientos realizados por las administraciones públicas, generalmente solo será de aplicación el segundo supuesto, es decir, que esté previsto en una norma con rango de ley¹²⁰, ya que es poco probable que, en la mayoría de casos, la persona interesada pueda manifestar de manera completamente libre su consentimiento ante el perjuicio de que su eventual negativa pueda llegar a tener en la actuación pública¹²¹. Sin embargo, en algunos casos, por ejemplo cuando la persona utiliza un robot conversacional para obtener información a la que también pueda acceder a través de otros canales, el tratamiento podría llegar a basarse en dicho consentimiento.

El responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos y las libertades y los intereses legítimos del interesado¹²². Estas medidas deben incluir como mínimo las siguientes¹²³: el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, el derecho a expresar su punto de vista y el derecho a impugnar la decisión¹²⁴.

5 Automatización y empleo público

La automatización de la Administración pública a través de robots software tiene un impacto evidente en el empleo público. En efecto, en la medida en que los robots software al realizar sus tareas sustituyan a empleadas y empleados públicos es evidente que estas personas dejarán de realizar estas tareas¹²⁵.

¹¹⁹ Artículo 22.2 del RGPD.

¹²⁰ Artículo 8.1 de la LOPDGDD. En el caso de las decisiones automatizadas adoptadas por las administraciones públicas, encuentra su acomodo en el artículo 41 LRJSP. En esta dirección, BOIX PALOP, A., "La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones", cit.

¹²¹ Como ha puesto de manifiesto el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2018), "siempre hay un claro desequilibrio de poder en la relación entre el responsable del tratamiento y el interesado". Véase al respecto CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Las características del consentimiento del interesado y su incidencia en el tratamiento de datos en las administraciones públicas", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. III, 2019.

¹²² Artículo 22.3 del RGPD.

¹²³ El artículo 9 del Convenio 108+ del Consejo de Europa es ilustrativo sobre el alcance que deben tener estas medidas de garantía. En cualquier caso, es necesario adoptar las medidas suficientes. Al respecto, resulta de interés traer a colación la Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020, en la que ha anulado la elaboración automatizada de perfiles para luchar contra el fraude en la Seguridad Social (SyRI), que entre otros motivos considera que las garantías adoptadas no eran suficientes (6.81 y 6.92).

¹²⁴ En esta dirección, debe tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 41.2 de la LRJSP y 13.2 del Real decreto 203/2021.

¹²⁵ Incluso ya existe alguna experiencia de robots utilizados en el proceso de selección de empleados públicos. Véase al respecto la experiencia del robot Tengai, impulsada por el Municipio sueco de Upplands-Bro (VAN NOORDT, C. y MISURACA, G., "New wine in old bottles: Chatbots in government", cit., p. 24).

De hecho, no podemos desconocer que, en los últimos años, algunos estudios han concluido que el 47 % de los trabajos actuales están en alto riesgo de ser automatizados en los próximos 10 o 20 años¹²⁶. Asimismo, otros estudios han indicado que, en 2025, el tiempo dedicado a las tareas actuales por humanos y por máquinas será el mismo. Este proceso no solo se producirá con relación a tareas rutinarias, sino también respecto a otras de perfil auxiliar, administrativo y técnico¹²⁷.

Sin embargo, estos mismos estudios también han apuntado que esta situación no debe suponer una desaparición del empleo público, sino un cambio en el modelo de empleo público¹²⁸. En primer lugar, las empleadas y empleados públicos podrán centrarse en tareas más complejas a las que puedan añadir mayor valor en vez de en tareas rutinarias o sencillas que pueden realizar perfectamente los robots software¹²⁹. En segundo lugar, las empleadas y empleados públicos podrán realizar aquellas tareas en las que los robots puedan tener mayores dificultades o ser incapaces de desarrollar (por ejemplo, por requerir empatía, creatividad, inteligencia emocional y social o capacidad de negociación)¹³⁰. En tercer lugar, las empleadas y empleados públicos podrán ocupar nuevos perfiles profesionales que serán creados, precisamente, para dar respuesta a la extensión de los robots software y, en general, a la inteligencia artificial en las administraciones públicas (desde ingenieros e informáticos que los diseñen o implementen hasta juristas o filósofos que se preocupen de dar respuesta a los retos jurídicos o éticos que la extensión de los robots software pueda entrañar)¹³¹.

La duda que se plantea es hasta qué punto los robots software pueden llegar a sustituir a los funcionarios y funcionarias en cualquier tarea¹³². Al respecto, más allá de las limitaciones tecnológicas que hemos ido poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, es evidente que la legislación vigente reserva a funcionarios algunas funciones, lo que, a nuestro entender, supone un claro límite a la sustitución del funcionariado por los robots software¹³³.

¹²⁶ FREY, C.B. y OSBORNE, M.A., "The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?", *Technological forecasting and social change*, n. 114, 2017, p. 38.

¹²⁷ RAMIÓ MATAS, C., "El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público", *GIGAPP Estudios Working Papers*, n. 98, 2018, pp. 403-404.

¹²⁸ ANDERSEN, K.N., LEE, J. y HENRIKSEN, H.Z., "Digital Sclerosis? Wind of Change for Government and the Employees", cit., p. 7.

¹²⁹ SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDÉ, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. y REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", cit., p. 3.

¹³⁰ De hecho, se pone de manifiesto que una de las diferencias más importantes en la interacción entre humanos y en la interacción entre humanos y chatbots es la menor capacidad de empatía de estos últimos (ADAMOPOULOU, E. y MOUSSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", cit., p. 1). De todos modos, no podemos desconocer los avances experimentados en esta dirección, como se recoge en: <https://www.bbvaopenmind.com/humanidades/sociologia/en-busca-de-la-nueva-empatia-humano-maquina/> (agosto de 2020).

¹³¹ RAMIÓ MATAS, C., "El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público", cit., pp. 406-409; WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2020*, World Economic Forum, Cologny/Geneva, 2020.

¹³² GORRITI BONTIGUI, M., "Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la Administración pública del siglo XXI", Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021, recoge distintos criterios para objetivar la automatización de tareas en la Administración pública.

¹³³ Así, por ejemplo, el artículo 9.2 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, reserva en exclusiva a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas.

6 La incorporación de los robots a la Administración pública

Los robots software que utilizan las administraciones públicas pueden ser diseñados por los servicios informáticos o técnicos de las propias entidades públicas.

Sin embargo, por el momento, no es habitual que sean las propias administraciones públicas las que programen el código o diseñen los robots software y, en la actualidad, la mayoría de los robots que utilizan están generalmente programados y son implementados por empresas externas que licencian su uso a la Administración pública. Estos robots pueden incorporarse a la Administración pública que se encarga de administrarlos o simplemente pueden ser usados siendo la empresa externa quien se encarga de su administración (*Robot as a Service*, RaaS)¹³⁴.

De esta manera, se pueden reducir los costes, así como fomentar la innovación en el desarrollo de estas aplicaciones¹³⁵. Sin embargo, también se puede generar una dependencia tecnológica de las administraciones públicas particularmente en un ámbito, el de los robots conversacionales y la inteligencia artificial, dominado por pocas empresas¹³⁶. Asimismo, debe tenerse presente que el desarrollo de determinadas tareas por robots software puede llegar a suponer el ejercicio privado de funciones públicas de autoridad¹³⁷. En última instancia, puede entrañar problemas respecto al cumplimiento de los principios rectores de la actividad pública; por ejemplo, tal y como hemos advertido respecto a la transparencia pública.

¹³⁴ Un rápido repaso de los procedimientos para la adquisición de los robots software por las administraciones públicas españolas permite observar que en algunos casos se adquieren mediante un contrato de servicios y en otros como un contrato de suministros. En otras ocasiones se ha canalizado como un convenio, tal y como explica la noticia publicada en el portal del Ayuntamiento de Santa Pola. Acceso web: <https://www.santapola.es/2020/03/27/el-ayuntamiento-de-santa-pola-habilita-un-asistente-virtual-en-su-web-para-informar-las-24-horas-del-covid-19/> (mayo de 2021). En otros supuestos se ha adjudicado un acuerdo marco para homologar a diversos proveedores para la prestación de servicios de chatbots y asistentes virtuales (por ejemplo, el Consorci de Serveis Universitari de Catalunya).

¹³⁵ En relación con la incorporación de la innovación en el diseño de los robots software desde el mercado, debemos remitirnos a los instrumentos que dispone la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, como la asociación para la innovación (artículo 177 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público) o las consultas preliminares al mercado (artículo 115 LCSP).

¹³⁶ El desarrollo de los robots software se encuentra en manos de unas pocas empresas (WAJCMAN, J., "Automation: is it really different this time?", *The British journal of sociology*, n. 68, 2017, p. 121). En el caso de los robots software, las principales empresas son UiPath, Automation Anywhere y Blue Prism. En el caso de los chatbots, DialogFlow (Google), Azure Bot (Microsoft), Lex (Amazon) IBM Watson Assistant. En el caso de los robots conversacionales, Amazon, Apple o Microsoft están liderando el mercado de los asistentes virtuales. Véase al respecto ALBERTH, M. y MATTERN, M., "Understanding robotic process automation (RPA)", cit.; SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S.J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. y REIJERS, H.A., "Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges", cit., p. 121.

Desde un punto de vista más general, véanse al respecto las reflexiones de RANCHORDÁS, S. y KLOP, A., "Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities", Berlee, A., Mak, V. y Tjong Tjin Ta, E. (eds.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018; y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 56-68. Esta autora advierte que será el sector público el que deberá definir el alcance de la innovación que espera que le provea el sector privado.

¹³⁷ CANALS I AMETLLER, D., "El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado", Gámero Casado, E. (ed.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 374; MIRANZO DÍAZ, J., "Inteligencia artificial y contratación pública", Martín Delgado, I. y Moreno Molina, J.A. (eds.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020, p. 131.

De este modo, los pliegos de cláusulas técnicas deben poder concretar adecuadamente no solo los requisitos que deban cumplir los robots software para automatizar de manera eficaz, eficiente o económica las actuaciones administrativas, sino también los elementos suficientes para velar por que estos cumplan con los valores y principios propios de las administraciones públicas¹³⁸. También determinar el alcance de los derechos de propiedad intelectual de la contratista respecto al robot software que haya desarrollado para la Administración pública o que ponga a disposición de esta para su uso¹³⁹.

En esta dirección, sería adecuado fomentar un marco institucional que pueda impulsar y facilitar la incorporación de los robots software en las administraciones públicas de acuerdo con estos parámetros como hemos indicado anteriormente¹⁴⁰.

Junto a esta posibilidad, algunas administraciones públicas están incorporando los robots software a través de la reutilización de aplicaciones desarrolladas por otras entidades públicas de acuerdo con el principio de cooperación¹⁴¹. Para ello, de acuerdo con lo que dispone la LRJSP, las administraciones públicas pondrán a disposición de otras entidades públicas, a través de directorios actualizados, los robots software desarrollados por sus servicios técnicos o que hayan sido adquiridos del mercado siempre y cuando sean titulares de sus derechos de propiedad. Además, para facilitar la reutilización de dichas aplicaciones, pueden declararlas como de fuentes abiertas¹⁴².

7 Reflexiones finales

A lo largo de estas páginas hemos tenido la oportunidad de mostrar numerosos ejemplos tanto de las tareas que pueden desarrollar los robots software como de distintas experiencias de uso para la automatización de la actividad y el funcionamiento de las administraciones públicas. A la vista de todo ello, es evidente que la automatización de las administraciones públicas a través de los robots software puede generar numerosos beneficios en términos de eficacia, eficiencia y economía, pero también de

¹³⁸ En esta línea, podemos traer a colación la experiencia del Ayuntamiento de Barcelona que ha elaborado la Guía de Compra Pública de TIC (2017), que proporciona una visión global de la estrategia municipal en cuanto a la compra de tecnología y servicios tecnológicos. Asimismo, resultan de interés las directrices para la adquisición de inteligencia artificial desarrolladas por OFFICE FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Guidelines for AI Procurement*, 2020.

¹³⁹ En relación con esta cuestión, debe tenerse presente lo que dispone el artículo 308 de la LCSP.

¹⁴⁰ Véase al respecto CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes", cit. En esta misma dirección, RAMIÓ MATAS, C., "Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n. 5, 2019, pp. 30-46, ha señalado que "la Administración Pública debería tener un departamento de gobernanza de la robótica que, entre otras funciones, se encargara de la selección de los robots y de los dispositivos de inteligencia artificial. Los posibles candidatos deberían ser probados atendiendo al principio de capacidad y a la superación de determinados filtros con valores públicos (no intrusivos, respeto al principio de privacidad, amables, etc.)".

¹⁴¹ Como ejemplo, podemos traer a colación la experiencia del chatbot del Consorci Administració Oberta de Catalunya. Acceso web: <https://www.aoc.cat/2021/1000280696/nova-versio-aplicacio-nativa-signador-2> (mayo de 2021), o del servicio de chatbot del Consorci de Serveis Universitaris de Catalunya. Acceso web: <https://www.csuc.cat/ca/compres-conjunes/xatbot> (mayo de 2021).

De todos modos, en ambos casos, el diseño piloto de esta experiencia no fue desarrollado por los propios consorcios, sino a través de empresas externas.

¹⁴² Artículos 157 y 158 de la LRJSP.

servicio efectivo a la ciudadanía, más transparente, personalizado y proactivo. Estos beneficios pueden verse incrementados a medida que los robots software se vayan desarrollando, lo que permitirá que los robots presten más servicios y que las tareas que se automaticen sean más complejas o completas¹⁴³.

Sin embargo, a pesar de los beneficios que puede entrañar la automatización de las administraciones públicas a través del uso de robots software y de la innovación que puede comportar, no podemos dejarnos deslumbrar por esta tecnología ni caer en el sesgo de la automatización confiando más en el resultado obtenido automáticamente por un robot software que en la actividad que puedan desarrollar los empleadas y empleados públicos¹⁴⁴.

Si bien los robots software van incrementando sus prestaciones y los avances que están experimentando con el uso de la inteligencia artificial están reportando mejoras significativas en la calidad y complejidad de las tareas que desarrollan o los servicios que prestan, no podemos desconocer que aún en muchas ocasiones los robots conversacionales son incapaces de entender correctamente lo que se les pregunta, de mantener una conversación con una persona o de mostrar empatía con ella¹⁴⁵.

Además, a pesar de que muchas personas pueden quedarse admiradas por ser atendidas por asistentes virtuales¹⁴⁶, otras tantas pueden no querer o no saber interaccionar con robots en vez de con personas¹⁴⁷. De hecho, hoy en día la experiencia de las personas usuarias aún no es muy positiva, por lo que la mayoría de ellas aún prefieren utilizar los canales habituales de relación (tanto presenciales como incluso a distancia pero con la participación de empleados públicos; por ejemplo, mediante el correo electrónico)¹⁴⁸. Por ello, es necesario que, de manera paralela a la extensión del uso de los robots software entre las administraciones públicas, estas garanticen el acceso de la ciudadanía a través de otros canales, no necesariamente electrónicos, de manera que pueda ejercerse efectivamente el derecho a elegir en todo momento si se comunican con las administraciones públicas a través de medios electrónicos o no.

En cualquier caso, la incorporación de los robots software o la automatización de determinadas tareas no debe ser fruto de una moda pasajera o del influjo de las tendencias innovadoras experimentadas o promovidas por grandes empresas tecnológicas y debe ser el resultado de un análisis con carácter previo de sus usos en las administraciones públicas a la vista de los riesgos que puedan entrañar o del impacto

¹⁴³ En esta dirección, MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., "A Typology of Chatbots in Public Service Delivery", cit.

¹⁴⁴ Los robots no son la panacea. Según una encuesta sobre esta materia publicada por el portal *Chatbots*, el 53 % de los encuestados consideran que los robots conversacionales no son efectivos o son poco efectivos. Acceso web: https://www.chatbots.org/images/news/chatbot_survey_2018.pdf (mayo de 2021).

¹⁴⁵ Según Gartner, en 2020 el 40 % de los chatbots lanzados en 2018 ya habrán sido abandonados. Acceso web: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner> (mayo de 2021).

¹⁴⁶ Nos referimos al conocido *factor wow* o efecto 'guau' (GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, cit.).

¹⁴⁷ Al respecto, ADAMOPOULOU y MOUSSIADES observan que "cuando los clientes descubren durante una conversación que están hablando con un chatbot, se molestan y compran menos productos" (ADAMOPOULOU, E. y MOUSSIADES, L., "Chatbots: History, technology, and applications", cit.). Ello ha venido a ser conocido como la teoría del valle inquietante que experimenta una persona cuando no sabe si está interactuando con una persona o con un robot.

¹⁴⁸ ANDROUTSOPLOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. y CHARALABIDIS, Y., "Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots", cit.

que pueda tener en los principios que deben regir el desarrollo de la Administración digital. Además, este proceso no debe desarrollarse de manera aislada, sino que debe ser un elemento más de la transformación digital que están experimentando las administraciones públicas.

Bibliografía

- ADAMOPOULOU, E. y MOUSSIADES, L., “Chatbots: History, technology, and applications”, *Machine Learning with Applications*, n. 2, 2020.
- ALBERTH, M. y MATTERN, M., “Understanding robotic process automation (RPA)”, *Journal of Financial Transformation*, n. 46, 2017.
- ALMANSOR, E.H. y HUSSAIN, F.K., *Survey on Intelligent Chatbots: State-of-the-Art and Future Research Directions*, Springer International Publishing, Cham, 2020.
- ANDERSEN, K.N., LEE, J. y HENRIKSEN, H.Z., “Digital Sclerosis? Wind of Change for Government and the Employees”, *ACM Journal on Digital Government Research and Practice*, n. 1, 2020.
- ANDROUTSOPOULOU, A., KARACAPILIDIS, N., LOUKIS, E. y CHARALABIDIS, Y., “Transforming the communication between citizens and government through AI-guided chatbots”, *Government Information Quarterly*, n. 36, 2019.
- ARTIFICIAL SOLUTIONS, *Chatbots: La Guía Definitiva*, 2020.
- BARCEVIČIUS, E., CIBAITĖ, G., CODAGNONE, C., GINEIKYTĖ, V., KLIMAVIČIŪTĖ, L., LIVA, G., MATULEVIČ, L., MISURACA, G. y VANINI, I., *Exploring Digital Government transformation in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.
- BELEN SAĞLAM, R. y NURSE, J.R.C., “Is your chatbot GDPR compliant? Open issues in agent design”, *2nd Conference on Conversational User Interfaces*, Association for Computing Machinery, Bilbao, 2020.
- BOIX PALOP, A., “La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, 2020.
- BOLTON, T., DARGAHI, T., BELGUTH, S., AL-RAKHAMI, M.S. y SODHRO, A.H., “On the security and privacy challenges of virtual assistants”, *Sensors*, n. 21, 2021.
- BONALES DAIMIEL, G. y MARTÍNEZ, E., “Using Virtual Assistants and Chatbots for Crisis Communication”, *aDResearch: Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, n. 25, 2021.
- BORENSTEIN, J. y ARKIN, R., “Robotic nudges: the ethics of engineering a more socially just human being”, *Science and engineering ethics*, n. 22, 2016.
- BRYAN, J., *Trends in Gartner Hype Cycle for Customer Service and Customer Engagement*, Gartner, 2018.
- BULLOCK, J.B., “Artificial intelligence, discretion, and bureaucracy”, *The American Review of Public Administration*, n. 49, 2019.

- BUOLAMWINI, J. y GEBRU, T., “Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification”, *Proceedings of Machine Learning Research*, n. 81 (Conference on fairness, accountability and transparency), 2018.
- CANALS I AMETLLER, D., “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, Gamero Casado, E. (ed.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CASAS, J., TRICOT, M.-O., ABOU KHALED, O., MUGELLINI, E. y CUDRÉ-MAUROUX, P., “Trends & Methods in Chatbot Evaluation”, *Companion Publication of the 2020 International Conference on Multimodal Interaction*, Virtual Event Netherlands, 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Las características del consentimiento del interesado y su incidencia en el tratamiento de datos en las administraciones públicas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. III, 2019.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l’ús dels algoritmes”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 56, 2019.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, *European review of digital administration & law*, n. 1, 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas”, *Anuario de Transparencia Local 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La inteligencia artificial y el control de sus posibles sesgos”, Villoria Mendieta, M. (ed.), *Ética pública en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021 (en prensa).
- CHUNG, H., IORGA, M., VOAS, J. y LEE, S., “Alexa, Can I Trust You?”, *Computer*, n. 50, 2017.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza COM(2020) 65 final*, 2020.
- DE CICCIO, R., DA COSTA E SILVA, S.C.L. y PALUMBO, R., *Should a Chatbot Disclose Itself? Implications for an Online Conversational Retailer*, Springer International Publishing, Cham, 2021.
- ERNST & YOUNG LLP, *Inteligencia Artificial en el Sector Público. Cómo se benefician 213 organizaciones públicas de la IA. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes*, Microsoft, Madrid, 2020.
- FØLSTAD, A., NORDHEIM, C.B. y BJØRKLII, C.A., “What makes users trust a chatbot for customer service? An exploratory interview study”, *Internet Science. 5th International Conference. INSCI 2018*, Springer, Cham, 2018.

Regap



ESTUDIOS

- FREY, C.B. y OSBORNE, M.A., “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?”, *Technological forecasting and social change*, n. 114, 2017.
- GAMERO CASADO, E., “Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas”, *Diario La Ley*, n. 50, 2021.
- GAVILÁN, I.G.R., *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*, Anaya, Madrid, 2021.
- GORRITI BONTIGUI, M., “Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la Administración pública del siglo XXI”, Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021.
- GRUDIN, J. y JACQUES, R., “Chatbots, Humbots, and the Quest for Artificial General Intelligence”, *2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Association for Computing Machinery, Glasgow, Scotland Uk, 2019.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, 2018.
- HOFMANN, P., SAMP, C. y URBACH, N., “Robotic process automation”, *Electronic Markets*, n. 30, 2020.
- HUERGO LORA, A., “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, Huergo Lora, A. (ed.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2020.
- IEEE STANDARDS ASSOCIATION, *IEEE Guide for Terms and Concepts in Intelligent Process Automation. IEEE Std 2755-2017 (IEEE Std 2755-2017)*, 2017.
- INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, European Commission, Brussels, 2019.
- ISCHEN, C., ARAUJO, T., VOORVELD, H., VAN NOORT, G. y SMIT, E., “Privacy concerns in chatbot interactions”, *International Workshop on Chatbot Research and Design*, Springer, Cham, 2019.
- LINDGREN, I., “Exploring the Use of Robotic Process Automation in Local Government”, *EGOV-CeDEM-ePart 2020*, Linköping University, Sweden, 2020.
- LINDGREN, I., MADSEN, C.Ø., HOFMANN, S. y MELIN, U., “Close encounters of the digital kind: A research agenda for the digitalization of public services”, *Government Information Quarterly*, n. 36, 2019.
- LOMMATZSCH, A., “A next generation chatbot-framework for the public administration”, *International Conference on Innovations for Community Services*, Springer, Žilina, Slovakia, 2018.
- MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., “Chatbot-mediated public service delivery: a public service value-based framework”, *First Monday*, n. 25(12), 2020.
- MAKASI, T., NILI, A., DESOUZA, K.C. y TATE, M., “A Typology of Chatbots in Public Service Delivery”, *IEEE Software*, abril 2021.
- MARTÍN DELGADO, I., “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, 2009.

- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Robots inteligentes y personalidad”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 53, 2020.
- MIRANZO DÍAZ, J., “Inteligencia artificial y contratación pública”, Martín Delgado, I. y Moreno Molina, J.A. (eds.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020.
- MISURACA, G. y VAN NOORDT, C., *Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.
- NG, K.K.H., CHEN, C.-H., LEE, C.K.M., JIAO, J. y YANG, Z.-X., “A systematic literature review on intelligent automation: Aligning concepts from theory, practice, and future perspectives”, *Advanced Engineering Informatics*, n. 47, 2021.
- NOTO LA DIEGA, G., “Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n. 9, 2018.
- OBSERVATORY OF PUBLIC SECTOR INNOVATION (OPSI) y UNITED ARAB EMIRATES (UAE) MOHAMMED BIN RASHID CENTRE FOR GOVERNMENT INNOVATION (MBRCGI), *Seamless Government, Embracing Innovation in Government*. Global Trends, 2020.
- OFFICE FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Guidelines for AI Procurement*, 2020.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PASQUALE, F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2015.
- PASTOR BERMÚDEZ, A., “Innovando con servicios digitales en la administración pública”, Ramió Matas, C. (ed.), *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021.
- PETRIV, Y., ERLLENHEIM, R., TSAP, V., PAPPEL, I. y DRAHEIM, D., “Designing Effective Chatbot Solutions for the Public Sector: A Case Study from Ukraine”, Chugunov, A., Khodachek, I., Misnikov, Y. y Trutnev, D. (eds.), *Electronic Governance and Open Society: Challenges in Eurasia: 7th International Conference, EGOSE 2020*, Springer International Publishing, Cham, 2020.
- PIETERSON, W., EBBERS, W. y MADSEN, C.Ø., “New channels, new possibilities: A typology and classification of social robots and their role in multi-channel public service delivery”, *International Conference on Electronic Government, EGOV 2017*, Springer, Cham, 2017.
- PISE, R., “Chatbot market size is set to exceed USD 1.34 billion by 2024”, *ClickZ*, 6 de julio, 2018.
- PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

Regap



ESTUDIOS

- RAMIÓ MATAS, C., “El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público”, *GIGAPP Estudios Working Papers*, n. 98, 2018.
- RAMIÓ MATAS, C., “Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n. 5, 2019.
- RANCHORDÁS, S. y KLOP, A., “Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities”, Berlee, A., Mak, V. y Tjong Tjin Ta, E. (eds.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.
- ROIG BATALLA, A., *Las garantías frente a las decisiones automatizadas. Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, JM Bosch, Barcelona, 2020.
- SYED, R., SURIADI, S., ADAMS, M., BANDARA, W., LEEMANS, S. J.J., OUYANG, C., TER HOFSTEDE, A.H.M., VAN DE WEERD, I., WYNN, M.T. y REIJERS, H.A., “Robotic Process Automation: Contemporary themes and challenges”, *Computers in Industry*, n. 115, 2020.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista galega de administración pública*, n. 59, 2020.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018.
- VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019.
- VAN NOORDT, C. y MISURACA, G., “New wine in old bottles: Chatbots in government”, *International Conference on Electronic Participation*, Springer, Cham, 2019.
- VEALE, M. y EDWARDS, L., “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *Computer Law & Security Review*, n. 34, 2018.
- VIEHHAUSER, J., “Is Robotic Process Automation Becoming Intelligent? Early Evidence of Influences of Artificial Intelligence on Robotic Process Automation”, Asatiani, A. et al. (ed.), *Business Process Management: Blockchain and Robotic Process Automation Forum. BPM 2020. Lecture Notes in Business Information Processing*, Springer, Cham, 2020.
- WAJCMAN, J., “Automation: is it really different this time?”, *The British journal of sociology*, n. 68, 2017.
- WHITTAKER, M., ALPER, M., BENNETT, C.L., HENDREN, S., KAZIUNAS, L., MILLS, M., MORRIS, M.R., RANKIN, J., ROGERS, E. & SALAS, M., *Disability, Bias, and AI*, AI Now Institute, New York, 2019.
- WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2020*, World Economic Forum, Cologny/Geneva, 2020.

WRIGHT, J., “The Alexafication of Adult Social Care: Virtual Assistants and the Changing Role of Local Government in England”, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, n. 18, 2021.

YEUNG, K., “Why worry about decision-making by machine?”, Yeung, K. y Lodge, J. (eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

Regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 311-342
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4747>
© Fernando Rey Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/04/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O organismo español para a
igualdade: claves para a súa
converxencia co modelo europeo

El organismo español para la igualdad: claves para su convergencia con el modelo europeo

61 Regap

The Spanish body for equality:
keys to its convergence
with the European model

Regap



ESTUDIOS

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

<https://orcid.org/0000-0002-5005-9401>

frey@uva.es

Resumo: O artigo 13 da Directiva 43/2000/CE obrigou os Estados membros a designar “un ou máis organismos responsables da promoción da igualdade de trato” por motivos étnico/raciais. O primeiro modelo español de transposición, aínda vixente, foi deficiente e insuficiente. O Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica (CEDRE) non responde en absoluto ao modelo europeo de organismo para a igualdade. Por outro lado, o propio dereito comunitario foi evolucionando, exixindo aos Estados a creación de organismos semellantes para o resto de trazos especialmente protexidos contra as discriminacións e perfilando, sobre todo a través da Recomendación da Comisión do 22 de xuño de 2018, un modelo de organismo moito máis potente e preciso que o requirido anteriormente. Neste contexto, está en trámite de aprobación parlamentaria a Lei integral de igualdade de trato e non discriminación, que viría intentar cumprir, esta vez si, as exixencias europeas. Conclúense, finalmente, dúas ideas: que o planeado en tal proposición é suficiente para alcanzar o dito obxectivo, pero de modo mínimo e mesmo mediocre, e que a mellor fórmula sería crear un órgano especializado dentro da Defensoría do Pobo e equivalentes autonómicos.

Palabras clave: Igualdade e non discriminación, modelo europeo antidiscriminatorio, organismos para a igualdade, Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica, Comisionado para a Igualdade de Trato e a Non Discriminación.

Resumen: El artículo 13 de la Directiva 43/2000/CE obligó a los Estados miembros a designar “uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato” por motivos étnico/raciales. El primer modelo español de transposición, todavía vigente, ha sido deficiente e insuficiente. El Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) no responde en absoluto al modelo europeo de organismo para la igualdad. Por otro lado, el propio derecho comunitario ha ido evolucionando, exigiendo a los Estados la creación de organismos semejantes para el resto de rasgos especialmente protegidos contra las discriminaciones y perfilando, sobre todo a través de la Recomendación de la Comisión de 22 de junio de 2018, un modelo de organismo mucho más potente y preciso que el requerido anteriormente. En este contexto, está en trámite de aprobación parlamentaria la Ley integral de igualdad de trato y no discriminación que vendría a intentar cumplir, esta vez sí, las exigencias europeas. Se concluyen, finalmente, dos ideas: que lo planeado en tal proposición es suficiente para alcanzar dicho objetivo, pero de modo mínimo e incluso mediocre y que la mejor fórmula sería crear un órgano especializado dentro de la Defensoría del Pueblo y equivalentes autonómicos.

Palabras clave: Igualdad y no discriminación, modelo europeo antidiscriminatorio, organismos para la igualdad, Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, Comisionado para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Abstract: Article 13 of Directive 43/2000/EC required Member States to designate “one or more bodies responsible for the promotion of equal treatment” on ethnic/racial grounds. The first Spanish transposition model, still in force, has proven poor and insufficient. The Council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination (CEDRE) responds in no way to the European model designed for an equality body. On the other hand, European law itself has evolved, requiring Member States to set up similar bodies regarding other features which are particularly protected against discrimination and profiling, in particular through the Commission Recommendation of 22 June 2018, in any case a much more powerful and precise model of organism than previously required. In this context, the Spanish Equal Treatment and Non-Discrimination Proposition, currently underway in Parliament, attempts to comply, this time yes, with European demands. Finally, two main conclusions are reached: that the proposed regulation is sufficient in itself to achieve that European objective, even if in a minimal or mediocre way, and that the best formula to adopt would be the creation of a specialized body within the national and regional Ombudsman’s Offices.

Key words: Equality and non-discrimination, European anti-discrimination model, equality bodies, council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination, Commissioner for Equal Treatment and Non-Discrimination.

SUMARIO: 1 Introducción. Un órgano creado por exigencia del derecho de la Unión Europea para resolver un problema que no estiman generalmente las autoridades españolas como tal: la discriminación racial. 2 La perfunctoria trazabilidad del Consejo. 3 La primera fase de configuración europea del organismo de igualdad (2000-2018). 4 La segunda fase (2018-) y su contraste con la proposición de ley integral. 4.1 La Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018. 4.2 El Informe de la Comisión que evalúa la aplicación de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018, de 19 de marzo de 2021. 4.3 Contraste del marco europeo con la regulación prevista en la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación tras su toma en consideración por el Pleno del Congreso el 23 de febrero de 2021. 5 Tesis conclusiva: la conveniencia de atribuir las funciones del organismo para la igualdad al Defensor del Pueblo estatal y sus equivalentes autonómicos.

1 Introducción. Un órgano creado por exigencia del derecho de la Unión Europea para resolver un problema que no estiman generalmente las autoridades españolas como tal: la discriminación racial

En la densamente poblada galaxia española de instituciones y organismos públicos, vaga sin rumbo un órgano estatal poco conocido: el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (en adelante, CEDRE), creado por el Real decreto 1262/2007, de 21 de septiembre¹, que, hasta donde se me alcanza, tampoco ha merecido hasta el momento ni una sola línea de análisis doctrinal específico propiamente jurídico². La escasa operatividad real de este órgano contrasta llamativamente con la relevancia política y social que, por el contrario, debiera tener en general y en nuestro país en particular la cuestión de la lucha contra la discriminación racial.

Se halla actualmente en trámite parlamentario un intento de reforma de este órgano, de incierto pronóstico, pero, en cualquier caso, merece la pena reflexionar sobre los rasgos que, en general, debieran orientar tal modificación u otras posteriores, por supuesto a la luz del derecho de la Unión Europea, que es el ámbito de donde procede su creación en realidad.

En este artículo mostraré en primer lugar la trazabilidad del CEDRE, esto es, su génesis europea y la deficiente y perezosa incorporación a nuestro derecho interno. Nuestro legislador, más que “transponer” la Directiva correspondiente, más bien se ha “traspuesto” (según el Diccionario de la RAE: “quedarse ligeramente dormido”), aunque no de modo ligero precisamente, como tendremos oportunidad de comprobar. En segundo lugar, citaré en estrados la interpretación que desde la Unión Europea se viene realizando de este tipo de organismos de igualdad para demostrar el sorprendente contraste con su real configuración entre nosotros. Y, por último, extraeré de la argumentación anterior las lecciones más importantes a tener en cuenta en orden a una cabal regulación del organismo de igualdad. Concluiré, por último, que el modelo de organismo que planea la proposición actualmente en debate cumple con las exigencias europeas, pero de una forma que juzgo excesivamente básica o mínima y que la mejor fórmula de adaptación entre nosotros estaría en la creación de un órgano *ad hoc* dentro de la institución de la Defensoría del Pueblo y sus figuras autonómicas equivalentes.

¹ Con un nombre inicial, por cierto, no solo farragoso, “Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico”, sino también discutible porque sí existe “origen” étnico, pero no hay “origen” racial, dado que biológicamente no hay razas humanas, solo hay una, aunque sí exista discriminación racial en la medida en que el racismo es la suma de tres graves errores concatenados: asumir que sí hay razas, considerar que unas son superiores a otras y, finalmente, la mayor equivocación: incluir al racista por definición en la raza superior. Evidentemente, si hubiera razas y se pudieran jerarquizar, al racista le correspondería la raza intelectual y moral inferior.

² Desde la sociología, es interesante el reciente artículo de SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: El marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, *Oñati Socio-legal series*, n. 11(3), 2021. DOI 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1183 (19 de abril de 2021).

Pero antes de pasar a analizar los elementos aludidos es preciso exponer, de modo propedéutico, el contexto que explica, a mi juicio, el pobre proceso de transposición de la normativa europea en este campo. En efecto, ¿por qué en España, a diferencia de en la mayoría de los países europeos, no se ha creado el organismo de igualdad con los claros perfiles que exige la Unión, sino de una manera aparente más que real, como una suerte de “trampantojo” burocrático? La respuesta, a mi juicio, es sencilla³: porque en nuestro país el problema de la discriminación racial ni está ni se le espera en la agenda social ni en la política. ¿Hay racismo en España? Sí, pero apenas se percibe como tal; a menudo, ni siquiera por las víctimas. En general, cuando se habla de racismo entre nosotros, la asociación espontánea de ideas remite inmediatamente a Luther King, a Mandela o al *Black Lives Matter*, es decir, al extranjero. Es imposible solucionar un problema cuya existencia se niega. Y que, además, se ignora oceánicamente, puesto que seguimos sin disponer de estadísticas oficiales periódicas que permitan iluminar el problema.

Un buen ejemplo de todo esto es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que ha sido invariablemente hasta ahora *race-blind*, indiferente al factor racial. Si algún jurista persa o de cualquier otro país se fijara solamente en dicha jurisprudencia para determinar si hay o no racismo, debería concluir de forma inevitable que nuestro país es el Shangri-La de la igualdad étnica. Apenas hay sentencias del Tribunal Constitucional, solo tres (en más de 40 años de existencia) y las tres desestiman que haya habido racismo en el caso con una argumentación hartamente discutible, como lo demuestra que dos de ellas hayan sido recurridas con éxito en sede internacional y la tercera va ya en camino.

El primer caso fue el asunto Williams, resuelto por la STC 13/2001, que desestima el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación (en la estación de tren de Valladolid) a una mujer tan solo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que solo a ella, de entre todos los pasajeros que descendieron del tren, se le exigió). Esta decisión ha sido declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación n. 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al artículo 26, leído conjuntamente con el artículo 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas⁴.

La segunda sentencia sobre discriminación racial es la STC 69/2007, que ha sido impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelta por este, el 8 de diciembre de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, en un sentido diametralmente contrario al del tribunal español. El tribunal europeo falla a favor de

³ He intentado ofrecer una respuesta más completa en el libro: *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, sobre todo en las pp. 233-272.

⁴ El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, «la responsabilidad del Estado está claramente comprometida (...) El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que estas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal». El Estado español está obligado a proporcionar a la Sra. Williams un recurso efectivo, incluidas las disculpas públicas, además de adoptar medidas para evitar que sus funcionarios incurran en el futuro en un caso como el presente.

una mujer gitana española a la que las autoridades nacionales habían denegado una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio según la forma legal válida en el año 1971 (rito católico), sino de acuerdo con las tradiciones de la comunidad gitana. Concretamente, la sentencia considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del artículo 1 del protocolo adicional primero⁵.

El Tribunal Constitucional español ha vuelto a enrocarse en su enfoque *race-blind* en la reciente Sentencia 9/2021, al declarar, resolviendo un caso semejante (pero no idéntico) al anterior, que la denegación de una pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano no supone discriminación étnico-racial alguna. Dicha mujer, Joaquina Cortés, había convivido con su pareja al menos quince años y tenían cinco hijos en común. No consta inscripción de la unión como pareja de hecho (lo cual le hubiera dado derecho a la pensión de viudedad) y los hijos aparecen inscritos en el libro de familia como de padres solteros. Según el Tribunal Constitucional, la unión tradicional gitana no ha sido reconocida por el legislador como una forma válida para contraer matrimonio con efectos de validez civil, ni tampoco se formalizó la situación de pareja de hecho, por lo que no existe discriminación directa étnica. El tribunal distingue este caso del resuelto por él mediante la STC 69/2007 y por el tribunal europeo el 8 de diciembre de 2009⁶.

Ciertamente, la demandante no estaba civilmente casada ni tuvo una situación de pareja de hecho que le permitiera acceder de forma legal a la pensión de viudedad. Por eso, comparto la tesis del tribunal de que no se produce aquí una discriminación directa. Mi discrepancia radica en que la sentencia niega que se produzca una

⁵ De la sentencia europea comparto más el fallo que la argumentación, porque el tribunal europeo estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria, ya que supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como son la existencia de buena fe en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, en la que el tribunal sí entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Aquí está el punto. Las autoridades españolas habrían tratado a María Luisa Muñoz de modo distinto a otras situaciones comparables a la suya de buena fe matrimonial. Según el tribunal, la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído según la tradición gitana se prueba en el hecho de que las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez, o la apariencia de validez al menos, de ese matrimonio: el libro de familia, el título de familia numerosa, la cartilla de la Seguridad Social, documentos oficiales todos ellos. En definitiva, y a pesar de las apariencias, el Tribunal de Estrasburgo argumenta en realidad desde la cláusula general de igualdad de trato y no desde la prohibición específica de discriminación racial/étnica. Dadas las circunstancias tan peculiares que concurrían en el asunto, no le hace falta ir más allá para concluir del modo en que lo hace. En ese sentido, el fallo es razonable. Pero la interpretación elegida limita enormemente las posibilidades futuras de aplicación de su argumentación, como se prueba, precisamente, en la STC 9/2021 posterior. A mi juicio, el conflicto planteaba interesantes posibilidades de interpretación a partir de las categorías del derecho antidiscriminatorio. En concreto, a la pregunta de si la denegación de la pensión habría entrañado una violación del principio de no discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría étnica, la respuesta ha de ser inequívocamente afirmativa: se trata, a mi juicio, de una discriminación racial indirecta o de impacto y de una discriminación múltiple (etnia y género).

⁶ En el asunto anterior, la legislación de la Seguridad Social exigía, para acceder a la pensión de viudedad, vínculo matrimonial (lo cual no ocurre en este caso porque una reforma de dicha legislación, mediante la Ley 40/2007, extendió en el art. 174 LGSS ese derecho a las parejas de hecho que, entre otras cosas, formalicen oficialmente su relación); además, la demandante del primer asunto estaba convencida de buena fe de la realidad de su matrimonio por cuanto diversos documentos oficiales declaraban su condición de esposa del fallecido (libro de familia numerosa, texto de cotización a la Seguridad Social del marido en el que constaba como su mujer). De modo que el tribunal europeo acogió la queja de la demandante a partir de estas condiciones, no porque considerara que se hubiera producido discriminación étnica alguna. El tribunal europeo concluyó también que el hecho de que las uniones gitanas no produzcan efectos civiles en un ordenamiento nacional no constituye una discriminación prohibida por el Convenio de Roma. Concuero con esta tesis, pero no con que el Tribunal Constitucional no apreciara en su momento una situación de discriminación indirecta y múltiple.

discriminación étnica indirecta o de impacto. El tribunal sigue sin manejar correctamente, en mi opinión, las categorías del derecho antidiscriminatorio. Comienza, en el fundamento jurídico quinto, negando la “discriminación por indiferenciación” en este asunto, pero la conecta a la discriminación “directa” cuando aquella tiene que ver, en realidad, con la discriminación indirecta. Más tarde, excluye la concurrencia de la discriminación indirecta porque “no se advierte un perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurran (...) opten por la no formalización de su vínculo”; porque no hay factor étnico en presencia ante una norma neutra en cuanto a la etnia; y porque no hay datos que permitan acreditar este impacto desfavorable hacia la minoría étnica.

De nuevo, un enfoque *race-blind*, indiferente al factor étnico. ¿Cómo no se advierte el perjuicio normativo si a otra mujer gitana, con familia numerosa, además, con recursos económicos y formativos limitados, se la priva del acceso a una pensión de viudedad? ¿Cómo no tomar nota de que ese perjuicio responde a un fallo sistemático y no episódico, como lo prueba que en toda la historia del Tribunal Constitucional solo haya habido dos sentencias de discriminación étnica y las dos han tenido que ver con este mismo asunto, que, por cierto, también ha sido objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? ¿Cómo no constatar que la falta de datos deriva de la inexistencia de estadísticas oficiales y de la misma protección de datos sensibles como los étnicos? De nuevo estamos en presencia, a mi juicio, de un caso de discriminación racial indirecta o de impacto y, al mismo tiempo, de una discriminación múltiple⁷.

En todo caso, retomando el hilo de nuestra exposición, parece razonable pensar que las insuficiencias y deficiencias del modelo español de lucha institucional contra la discriminación racial provienen, tal y como he intentado mostrar con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de un contexto donde dicha forma de discriminación no se percibe, en general, como un problema entre nosotros.

⁷ En su interesante voto discrepante (aunque utiliza un enfoque de la población gitana como una “minoría nacional”, lo cual, a mi juicio, enturbia más que aclara el asunto: basta, creo, la causal de discriminación étnico/racial), Xiol Ríos aboga por reconocer las singularidades culturales de la minoría gitana, también en el ámbito de las normas de protección y seguridad social y concluye que, incluso sin descartar que también en este caso debiera haberse valorado la buena fe de la demandante, sí ha habido una discriminación indirecta. Habría habido efectos desfavorables para el colectivo gitano e incluso aporta algunas estadísticas en este sentido (habría un 28% de uniones conforme al rito gitano). Exigir a la comunidad gitana la formalización de la pareja de hecho para acceder a la pensión de viudedad no es neutral, sino que supondría “un perjuicio cuantitativo derivado de la imposición de un requisito adicional” al rito tradicional. Hay que tener en cuenta la alta tasa de desempleo de la comunidad gitana, que hace difícil el cumplimiento de los requisitos temporales de cotización para lucrar la pensión de viudedad, de modo que el sistema vigente supone también “un perjuicio cualitativo relevante en relación con la población general”. También observa Xiol que se produce una discriminación interseccional de género y etnia. El rito gitano debería servir como prueba de la existencia de la pareja de hecho. Evidentemente, el legislador podría modificar la norma en este sentido. Pero el hecho de que la Sentencia del tribunal haya sido desestimatoria no permite augurar este cambio. Por eso la Sala tendría, a mi juicio, que haber planteado ante el Pleno una auto-cuestión de inconstitucionalidad de la legislación de la Seguridad Social. La buena noticia será que, probablemente, el asunto llegará a Estrasburgo de nuevo y el tribunal europeo quizá, además de amparar a la señora Cortés, aprecie la existencia de una discriminación indirecta y múltiple.

2 La perfunctoria trazabilidad del Consejo

El punto de partida inmediato⁸ es el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que permite al Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Amparándose en esta disposición, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Pues bien, el artículo 13 de dicha directiva dispone que cada “Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico”. Obsérvese que este precepto establece una obligación para todos los Estados de la Unión: se utiliza un imperativo, “designará”.

Previsión idéntica se contiene en el artículo 12 de la Directiva 2004/113/CE de igualdad de género respecto de bienes y servicios, en el artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE de igualdad de género en el empleo y en el artículo 11 de la Directiva 2010/41/PE y CE de igualdad de género en relación con el trabajo autónomo, así como en la propuesta de Directiva del Consejo, de 2 de julio de 2008, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y en la propuesta de Directiva de transparencia salarial adoptada por la Comisión Europea el 4 de marzo de 2021. De este compacto conjunto de disposiciones puede deducirse, por tanto, que la garantía del organismo de igualdad es un elemento permanente o sistemático del cuadro de garantías europeo en el ámbito del derecho antidiscriminatorio y que opera respecto de los seis rasgos especialmente protegidos por el derecho comunitario⁹ y no solo respecto de la discriminación racial: además de esta, género, orientación/identidad sexual, religión/convicciones, edad y discapacidad. En consecuencia, puede ya deducirse que la transposición española va a incurrir en un pecado original: referirse solo a la discriminación étnico/racial. Con mejor criterio, la configuración de los

⁸ Son conocidas las disposiciones capitales de la Unión Europea en materia de igualdad y no discriminación. (1) El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. (2) El artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la Unión, en todas sus acciones, se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. (3) El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por cualquier motivo, ya sea sexo, raza, origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. El artículo 23 de la Carta consagra el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El artículo 26 reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Además, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley está consagrada en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁹ Para un análisis en profundidad, permítaseme la remisión al texto REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit.

organismos de igualdad por parte del resto de “la mayoría de los países europeos”¹⁰ incluye los seis rasgos mencionados y, en muchos casos, también otros.

Es la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y del orden de lo social, la que transpone al ordenamiento español la Directiva 2000/43/CE y la que concreta en su artículo 33 la “creación del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico”. Que la transposición se realice en el último minuto de plazo y aprovechando la ley presupuestaria era ya toda una declaración de intenciones sobre la nula voluntad política de cumplimiento de la norma europea. El apartado cuarto remite la regulación de la composición y funcionamiento del Consejo a un real decreto de Consejo de Ministros “en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor” de la ley.

Inicialmente, el Consejo se adscribe, mediante Real decreto 1600/2004, de 2 de julio, a la Dirección General de Integración de los Inmigrantes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pero no se desarrolla su régimen hasta el Real decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, que pasa a adscribirlo a la Dirección General contra la Discriminación del Ministerio de Igualdad (art. 1.2).

Así pues, las autoridades de nuestro país tardaron casi siete años en transponer la normativa europea, convirtieron en cuatro años los tres meses que la Ley 62/2003 había dispuesto para regular el Consejo y realizaron una adscripción inicial de este asunto, la lucha contra la discriminación étnico/racial, al campo de la inmigración económica masiva tan en auge en esos años. De hecho, este fue el origen del OBERAXE, un órgano que existe y trabaja en paralelo al Consejo¹¹. Ceñir la cuestión de la discriminación racial a la extranjería tiene algo de sentido porque la xenofobia es una variedad o especie del racismo, pero, al mismo tiempo, es un enfoque incompleto porque no son conceptos totalmente equivalentes en la medida en que también hay un fenómeno de racismo entre españoles (por ejemplo, contra los gitanos españoles) que, evidentemente, con la primera configuración institucional, se dejaba por completo en la penumbra. De nuevo emerge aquí la negación, antes aludida, por parte del Estado del problema del racismo como un problema *propio*; parece ser solo otro turbio asunto de extranjeros (ya sea en sus respectivos países o cuando consiguen entrar en el nuestro).

En todo caso, incluso aceptando que nuestro debut en la regulación de la materia no fuera precisamente ni rápido ni brillante, alguien podría pensar que eso no tendría mayor importancia si la regulación que, por fin, el decreto de 2007 establecía fuera seria, es decir, se ajustara a lo perseguido y lo dispuesto por la normativa europea. Como cualquier lector atento podría imaginar, esto no fue así, confirmando otra vez la tesis aquí mantenida de la pre-comprensión ideológica de negación del racismo

¹⁰ Considerando 17 de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018.

¹¹ El Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) tampoco es de ninguna manera independiente, sino un órgano administrativo puro y duro. Más tarde se crea el CEDRE con unas funciones equivalentes, aunque con una arquitectura institucional diferente, sin que la unificación y supresión de organismos públicos que se planteara en tiempos de la crisis económica (el famoso Informe CORA) lograra unificar el OBERAXE y el CEDRE, de un lado, y hacerlos independientes y conforme al derecho europeo, de otro. En resumen: una carrera de pollos sin cabeza.

en nuestro país. En efecto, como se ha indicado, no ha habido transposición, sino transposición. Veámoslo.

El artículo 13.1 de la Directiva de igualdad racial requiere que los Estados miembros designen uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico. Dichos organismos podrán formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales. En su inciso segundo establece como competencias mínimas de dichos organismos: prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación, realizar estudios independientes sobre la discriminación, publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación. Las autoridades de la Unión han ido concretando, con el paso de los años, el marco institucional que los organismos de igualdad deben tener, pero del artículo 13 ya se deduce, con facilidad, tanto por la alusión a su posible inclusión dentro de otros órganos estatales de protección de los derechos como por la propia repetición del adjetivo “independiente” en todas y cada una de las tres competencias mínimas que se le asignan, que los organismos de igualdad han de ser completamente independientes del gobierno. Esto, por supuesto, supone autonomía administrativa, funcional y presupuestaria.

Un segundo rasgo groseramente evidente que se puede deducir del artículo 13 de la Directiva es que el organismo de igualdad no es solo ni principalmente un órgano de participación, representación, deliberación o consulta de las administraciones, sino, por encima de todo, un órgano ejecutivo y de gestión porque, de otro modo, sería incapaz de cumplir con las funciones que se le asignan. Es un órgano, en su configuración europea, más de “hacer” que de “hablar”.

Pues bien, la regulación que del Consejo primero hace el artículo 33 de la Ley 62/2003 y más tarde el Decreto 1262/2007 que lo desarrolla incumple radicalmente ambos principios fundamentales. De un lado, no es independiente, sino que está adscrito (aunque no sea de modo jerárquico) a un ministerio y no se le reconoce ningún tipo de autonomía. Es significativo que el artículo 33.2 de la Ley 62/2003, al establecer las competencias (asistencia a víctimas, realización de estudios, informes y recomendaciones), omita por completo el adjetivo “independiente”, que sí figura, como se ha dicho, en el artículo 13 de la Directiva europea¹².

De otro lado, se configura el Consejo como un órgano colegiado¹³ de representación de “las administraciones, estatal, autonómicas y locales, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de otras organizaciones

¹² La regulación del Decreto 1262/2007 (art. 3) sí lo incluye, aunque, obviamente, no sea verdad.

¹³ Un órgano colegiado de los previstos por el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

que representen intereses relacionados con el origen racial o étnico de las personas” (art. 1.1 Decreto 1262/2007¹⁴).

La disimilitud entre el organismo al que se refiere la normativa europea y el organismo efectivamente creado en España es de tal calibre que una reforma del artículo 1.1 del Decreto 1262/2007 efectuada en 2014 se ve en la tesitura de tener que afirmar expresamente algo que, en principio, debería ser tan obvio como para evitar el truismo: “Además (el Consejo), tiene la consideración de Organismo de Igualdad, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico”. Es verdaderamente sorprendente que las autoridades españolas responsables hayan podido evitar en todos estos años la evidente y más que merecida sanción por incumplimiento de la transposición¹⁵.

En realidad, solo hay un motivo relevante que explica que esto no haya ocurrido, y es la creación en 2010, en el seno del Consejo, del Servicio de Asistencia y Orientación a Víctimas de Discriminación Racial o Étnica, que es quien ha venido desempeñando desde entonces, por cierto, de modo altamente eficaz, la función de asistencia a víctimas¹⁶. Fue en su momento una solución ingeniosa, pero hay que observar que, finalmente, son las entidades del tercer sector que componen esta red¹⁷ a través de 87 oficinas de atención al público, un teléfono gratuito (900203041), el WhatsApp número 628860507 y la propia página web (<https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>), y no el Consejo, quienes realizan tal función y, por cierto, dependiendo por completo no del Consejo, sino del Ministerio de Igualdad, con el que contrata periódicamente este servicio¹⁸. De modo que el Consejo podría no existir (como, de hecho, ha ocurrido, sobre todo en diversos periodos), pero el servicio sí seguiría asistiendo a las víctimas. Se puede decir que el derecho europeo no motivó suficientemente la creación de un consejo a su estilo, pero, al menos, permitió fundar

¹⁴ El Consejo se compone (art. 4 Decreto 1262/2007) de presidencia, secretaría, dos vicepresidencias (una de las entidades empresariales, sindicales o del tercer sector y otra el director/a general contra la discriminación), seis vocales representando a la Administración general del Estado (directores generales de Justicia, Interior, Educación, Trabajo e Inmigración, Sanidad y Política Social y Vivienda), cuatro vocales en representación de las comunidades y ciudades autónomas, tres vocales de la Administración local, dos de las organizaciones empresariales y dos de las sindicales más representativas, diez vocales de entidades del tercer sector especializadas. Una asamblea de 31 personas.

¹⁵ Llegados a este punto, debo confesar que fui presidente de este Consejo desde el 4 de junio de 2013 al 15 de septiembre de 2015 (en realidad, renuncié mucho antes). Tras el brillante paso de José Manuel Fresno como primer director (promovió algunos informes sobre la percepción de la discriminación realmente interesantes y puso en marcha la Red de Asistencia a Víctimas), le sucedí con la esperanza de poder convertir este Consejo en el órgano dibujado por la normativa europea. Fracasé por completo y por eso renuncié: no quise participar en tan grave estafa del derecho comunitario. Los miembros técnicos de la Dirección contra la Discriminación también hicieron todo lo posible para mejorar el estado de cosas, en particular el subdirector a la sazón Ignacio Sola Barleycorn, pero los secretarios de Estado y la ministra bloquearon cualquier intento de reforma. Ni conocían del asunto, ni les preocupaba lo más mínimo. De 2014 a 2019 el CEDRE careció de presidente.

¹⁶ Entre 2013 y 2019, el Servicio ha atendido a 4.022 víctimas y ha realizado 1.777 acciones de información y sensibilización.

¹⁷ Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM); Asociación Rumiñahui Hispano Ecuatoriana; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR); Fundación CEPAIM; Cruz Roja Española; Movimiento contra la Intolerancia; Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad; Red Acoge y la Fundación Secretariado Gitano, que es la que ha asumido la coordinación desde el principio. Unión Romaní forma parte del Consejo como vocal, pero no del Servicio.

¹⁸ El BOE de 1 de abril de 2020 publica el anuncio de la formalización del contrato que viene a suceder a los anteriores para dos años, por valor de 839.268 euros. El licitador principal es la Fundación Secretariado Gitano y el resto de entidades figuran como subcontratadas.

un servicio nuevo de atención a las víctimas de discriminación racial. No obstante, alguno de los límites observados de su funcionamiento son, según SEBASTIANI¹⁹, la falta de conocimiento por parte de las potenciales víctimas; la escasa difusión; la escasez de recursos y de personal; la imposibilidad de poner sanciones (algo, por otra parte, lógico tratándose de entidades de la sociedad civil y no de una institución pública) y no disponer de legitimación para litigar en nombre (ni tampoco, como cabe suponer, al margen) de las víctimas, aunque en el último contrato, de marzo de 2021, se prevé la posibilidad de dedicar recursos para sufragar los gastos de algunos casos (relevantes) de litigación estratégica. Algunas entidades, como la Fundación Secretariado Gitano, ya lo habían venido haciendo con cargo a sus propios fondos.

Las memorias del servicio, muy cuidadas y completas, muestran la labor realizada cada año²⁰. La última, que abarca de 1 de enero a 12 de octubre de 2019, revela datos muy interesantes²¹. Tras la denuncia de la posible conducta discriminatoria, se investiga el asunto (contactando con el agente discriminador; con pruebas estadísticas o *testing*; documentalmente o con testigos) y, si se deduce que hay indicios claros de discriminación racial, el servicio negocia con el agente discriminador, o media, o ayuda a la víctima a presentar una queja ante el organismo público adecuado (por ejemplo, las oficinas de consumidores y usuarios si la conducta se produjo en el ámbito de la prestación de servicios), a menudo ante el Defensor del Pueblo, o también a presentar una reclamación e incluso a denunciar el caso ante la Fiscalía, la policía o la autoridad judicial. A todo esto, se une la nueva posibilidad para el servicio de plantear, con cargo a la prestación contractual y siempre con la autorización de la víctima, algunos litigios estratégicos (es decir, asuntos de relevancia social y, si se tiene éxito, con capacidad para influir sobre posibles cambios normativos, judiciales o de políticas públicas).

Así como el Servicio de Asistencia a Víctimas ha venido cumpliendo, aunque con límites, la función de asistencia a víctimas que exige el marco europeo, el CEDRE es, sin embargo, un órgano sin personal adscrito, sin presupuesto²², sin proyecto ni estructura, sin visibilidad e impacto alguno y apenas con actividad. Basta ver la información de su página web (www.igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es). Entre las “novedades”²³, figuran: una recomendación de 2019 para “Evitar el uso de discursos discriminatorios, racistas o xenófobos en las campañas electorales” y otra de 14 de abril de 2020 para “Evitar actitudes y discursos discriminatorios en el actual

¹⁹ SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: El marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, cit., pp. 21 y ss.

²⁰ Disponibles en la página web del Servicio: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>.

²¹ Acceso web: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org> (20 de abril de 2021). En ese periodo se atendieron 588 casos, 378 individuales y 210 colectivos. Perfil mayoritario de las víctimas: menores de 45 años (72 %), mujeres (59 %), gitanos (41 %; 24 % latinos y 14 % magrebíes), la discriminación se produjo en la esfera privada (62 %).

²² La disposición adicional tercera del Real decreto 1262/2007 prevé que el Ministerio de Igualdad “proveerá los fondos necesarios para el desempeño de las funciones y el desarrollo de las actividades del Consejo”, pero el “funcionamiento del Consejo no supondrá aumento del gasto público”; a lo sumo, compensaciones (que no remuneraciones) a los miembros del Consejo por el ejercicio de sus funciones “en el caso de que las reuniones se celebren en localidad distinta a la del lugar de residencia” (disposición adicional cuarta). Es decir, lo único que se paga son los gastos de viaje o desplazamiento de las reuniones que se celebren (que no suelen ser más de dos al año).

²³ Consultadas el 17 de abril de 2021.

contexto de crisis sanitaria COVID-19” (dos recomendaciones en seis años); y, de la actual legislatura, el primer Pleno del Consejo (21 de mayo de 2020), el nombramiento del actual presidente el 13 de octubre de 2020 y la celebración de un segundo Pleno el 26 de octubre de 2020 (de los que, por cierto, no se traslada información alguna). En la parte dedicada al Servicio hay algunos otros informes y documentos, entre ellos uno interesante sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020²⁴, pero poco más. En cualquier caso, alejado del estándar europeo en esta materia.

El quinto informe de seguimiento de nuestro país de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa (en adelante, ECRI) literalmente afirma²⁵: “España carece de un organismo independiente de promoción de la igualdad capaz de introducir un cambio social real y de lograr una mayor igualdad”. El informe se muestra especialmente duro con la configuración en España de ese organismo y recomienda que se cree “urgentemente”. De hecho, de todo el informe con sus numerosas recomendaciones a las autoridades españolas, la ECRI anuncia dos de seguimiento especial: la segregación educativa de alumnos migrantes y gitanos (que sigue siendo una verdad tan real y extendida como incómoda de nuestro país, respecto de la que el CEDRE no se ha pronunciado) y la creación del organismo de igualdad (dando por hecho que el CEDRE no opera como tal en realidad).

3 La primera fase de configuración europea del organismo de igualdad (2000-2018)

En realidad, el diseño europeo de los organismos de igualdad no surge del vacío, sino de la tradición norteamericana en materia de lucha contra la discriminación (en origen, de tipo racial), que fue imitada tempranamente por Reino Unido e Irlanda. El derecho antidiscriminatorio con sus perfiles contemporáneos tiene un inequívoco aroma anglosajón. A partir de esta particular tradición, se generalizó en la Unión Europea, sobre todo con el “paquete” de directivas de igualdad del año 2000 y, desde ahí, se importó a nuestro país. Es decir, la deficiente transposición española no solo proviene del problema ideológico de la negación del racismo como problema social entre nosotros, sino del hecho de que el derecho antidiscriminatorio en general y el racial en particular han sido hasta hace poco desconocidos por nuestra cultura jurídica. Por supuesto, sí es conocido el principio general de igualdad del artículo 14.a CE, pero menos el derecho a no sufrir discriminación por ciertos factores exclusógenos del artículo 14.b CE. Y, dentro de este, sí ha conocido un notable desarrollo teórico y judicial el derecho a no sufrir discriminación por razón de género o por pertenecer a una minoría sexual, pero mucho menos (y, como hemos visto, de modo harto discutible) los demás rasgos a los que se refiere el artículo 14.b CE. Los operadores jurídicos (y no hablemos ya de los actores políticos) siguen sin manejar con soltura y

²⁴ Sigue la serie de informes sobre este mismo tema de 2010, 2011 y 2013.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación de la Comisión 2018/951*, de 22 de junio de 2018, p. 19.

consenso los conceptos más básicos del derecho antidiscriminatorio (discriminación de trato, de impacto, por asociación, interseccional, acoso discriminatorio, discurso discriminatorio, acciones afirmativas, positivas, cuotas, etc.).

El modelo europeo de organismos de igualdad establece todo un cuadro de garantías contra las discriminaciones. Además de la que estamos examinando, de carácter institucional, la mayoría son de veste procesal: legitimación procesal de asociaciones, inversión de carga de la prueba, protección frente a posibles represalias o la exigencia de sanciones adecuadas²⁶. El organismo de igualdad previsto responde, como se ha indicado, al modelo norteamericano a partir de la creación el 6 de marzo de 1961, en la *Executive Order* 10925 del presidente J.F. Kennedy del Committee on Equal Employment Opportunity, más tarde convertido en la actual Equal Employment Opportunity Commission. He aquí una garantía potencialmente muy poderosa. Todos los países europeos han creado este organismo, de distintas maneras y con mayor o menor fortaleza institucional. Analizaré algunos informes que evalúan su organización y funcionamiento.

El primer documento a tener en cuenta a la hora de configurar en cualquier ordenamiento nacional el organismo de igualdad según el marco europeo es la Recomendación n. 2 de política general de la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), de 13 de junio de 1997 (anterior, por tanto, incluso a la directiva a la que inspiró²⁷) titulada “Los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional”. En este documento, fundamentalmente, se recomienda:

A) Crear, en la Constitución o en una ley, un órgano especializado en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia.

B) Sus funciones debieran ser: fomentar la eliminación de las diferentes formas de discriminación y fomentar la igualdad de oportunidades y las buenas relaciones entre los miembros de todos los diferentes grupos que componen la sociedad; hacer un seguimiento del contenido y los efectos de la legislación y los actos administrativos de su competencia y elaborar propuestas con objeto de modificar la legislación; prestar asesoramiento a los poderes legislativo y ejecutivo para mejorar la reglamentación; prestar asistencia a las víctimas, incluida la asistencia jurídica, con vistas a defender sus derechos ante instituciones y tribunales; litigar, si procede, acudiendo a los tribunales cuando se considere necesario; atender quejas y peticiones sobre casos excepcionales y adoptar decisiones jurídicamente vinculantes o resolver mediante conciliación amistosa; estar debidamente habilitada para recopilar pruebas e informaciones en el desempeño de sus funciones; facilitar información y asesoramiento a las instituciones y organismos interesados; emitir dictámenes sobre las normas de práctica antidiscriminatoria en ámbitos específicos, que pueden ser coercitivas o de aplicación voluntaria; fomentar y reforzar los programas de formación de grupos

²⁶ Un examen detallado en REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit., sobre todo pp. 124-129.

²⁷ Y de modo más general y anterior incluso a esta recomendación de la ECRI se hallan los “Principios de París” de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, adoptados por la Asamblea General en diciembre de 1993, recomendando a los Estados que establezcan comités de derechos humanos independientes que puedan desempeñar el papel de implementar y supervisar derechos humanos universales en el país respectivo.

específicos, sin menoscabar la función primordial en materia de formación que corresponde a las organizaciones interesadas; fomentar la sensibilización del público en general sobre las cuestiones relativas a la discriminación y elaborar y publicar informaciones y documentos pertinentes; apoyar y fomentar las actividades de las organizaciones con objetivos similares a los de las organizaciones especializadas; y considerar, si procede, atender las preocupaciones de estas organizaciones.

C) La composición del organismo especializado debería reflejar la sociedad en su conjunto y sus diferencias.

D) Debería funcionar sin interferencia del Estado, con plena independencia política y con todas las garantías necesarias para su independencia, en particular la libertad de elegir a su propio personal (que tendría que estar protegido frente a destituciones o no renovaciones arbitrarias), administrar sus recursos como estime oportuno y expresar públicamente sus opiniones. Debe disponer de fondos suficientes y su financiación debería someterse a la aprobación anual del Parlamento. Tendría que presentar informes de sus acciones sobre la base de unos objetivos claros y evaluables para su debate en el Parlamento.

E) El organismo debe ser accesible para las personas cuyos derechos deben ser defendidos por él. Deben establecer agencias locales para facilitar el acceso y aumentar la eficacia de sus funciones educativas y de formación.

F) El organismo especializado debería esforzarse para que sus investigaciones y dictámenes sean de la máxima calidad, de modo que aumente su credibilidad ante las autoridades nacionales y ante las comunidades cuyos derechos defiende y refuerza.

El organismo de promoción de la igualdad previsto por el derecho de la Unión Europea y el organismo especializado de la ECRI se inspiran, evidentemente, en el mismo modelo. Casi todos los Estados han creado ya desde hace mucho tiempo sus organismos de igualdad, aunque de modos muy diversos y con diferente grado de entusiasmo. El informe de HOLMAAT²⁸ mostraba ya tempranamente en 2006 que algunos se dedicaban solo al derecho antidiscriminatorio pero otros a todos los derechos humanos en general; que en algunos países hay un solo organismo y en otros más de uno; que algunos (aunque pocos, solo cuatro, entre ellos España) se refieren solo a la discriminación racial/étnica; que los fondos económicos de los que disponen varían mucho de unos a otros y en ciertos casos carecen de autonomía presupuestaria; que el número de personas que trabajan en ellos también es llamativamente desigual (de 3 empleados a 168); que muchos organismos no son transparentes en cuanto a su organización y funcionamiento; que las tres funciones que les asignan las directivas distan de estar claras e incluso varios organismos no cumplen el mandato de asistir a las víctimas de discriminación, aunque dos tercios de todos ellos tienen alguna potestad para investigar y resolver quejas; algunos organismos llegan a funcionar casi como organismos “cuasi-judiciales” pero la mayoría no.

²⁸ HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directiva 2000/43/EC- existence, Independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, (Unidad G 2), Bruselas, marzo de 2006, pp. 25 y ss.

La principal conclusión del informe sobre la situación de los organismos de igualdad en Europa es que, a pesar de que la fecha máxima de transposición de la Directiva de igualdad racial acabó el 19 de julio de 2003, no existía entonces consenso sobre el significado y alcance del fundamental artículo 13 de la directiva. Las palabras “asistencia”, “investigaciones” e “informes” no habían sido definidas en esta primera fase de implantación de los organismos para la igualdad y no estaba claro qué significaba exactamente “independiente”, ni los criterios para evaluar la efectividad de la institución. No todos los organismos de los Estados llevaban a cabo siquiera las tres funciones de la directiva, lo cual suponía un flagrante incumplimiento de la misma. Por el contrario, bastantes organismos de igualdad asumían otras funciones diferentes (aunque próximas) de esas tres²⁹.

Muchas conclusiones y recomendaciones de este informe de 2006 han sido confirmadas por el informe elaborado por NIALL CROWLEY en 2018 para ECRI y la Comisión Europea titulado *Equality bodies making a difference*³⁰. CROWLEY analiza 43 organismos de igualdad europeos (entre ellos el español) y concluye³¹ que el “contexto político evidente” para ocho de ellos es de “hostilidad política” (Bélgica, Croacia, Chipre, Italia, Polonia, Rumanía, Suecia y Reino Unido), mientras que, para doce, entre ellos España, el contexto es de “desinterés político”: Austria, Bélgica, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, Lituania, Eslovaquia y Eslovenia. Esta “indiferencia política” provoca que los organismos de igualdad “estén infra-financiados y sin tracción política para ejercer sus competencias, incapaces de ser *game-changers*”³². Por el contrario, habría un “contexto de apoyo político evidente” en siete países: Francia, Alemania, Irlanda, Islandia, Letonia, Holanda y Portugal.

El informe de CROWLEY examina la enorme diversidad de configuración de los organismos de igualdad en Europa y la compara con los estándares actuales ideales en relación con los documentos antes examinados, de la Comisión Europea, la ECRI y los Principios de París. Un primer punto interesante, de enormes divergencias, es el objeto de protección por parte de los organismos. Recordemos que, en el caso español, el CEDRE se ocupa solo de la discriminación racial. Sin embargo, la norma en Europa es que los organismos de igualdad se ocupen de todos o de la mayoría de rasgos de discriminación protegidos por el derecho europeo: raza/etnia, género, orientación e identidad sexuales, religión y convicciones, discapacidad y edad, e incluso de otros criterios no inicialmente previstos que pudieran ir surgiendo. Un debate particular, que ha llegado a ser “acalorado” en Bélgica, Croacia, Finlandia e Islandia, es el de proteger la igualdad de género con un organismo de igualdad diferente al general, dado, entre otras cosas, que las mujeres no son una minoría

²⁹ En cualquier caso, el informe constata que en Europa había dos modelos estratégicos diferentes. De un lado, organismos de igualdad que se concentran casi exclusivamente en la tarea de la asistencia a las víctimas; se pueden calificar como de “rol reactivo” (o defensivo). De otro lado, hay organismos que enfatizan sobre todo su “rol proactivo” (por ejemplo, intentando prevenir las discriminaciones futuras), y priorizan sus actividades en el campo de la realización de investigaciones y la emisión de recomendaciones (por ejemplo, diseñando códigos de buenas prácticas y jugando un papel en la supervisión de la implementación de acciones positivas). Ambas funciones, reactiva y proactiva, son mencionadas por la directiva.

³⁰ CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, ECRI / Comisión Europea, Bruselas, agosto de 2018.

³¹ *Ibidem*, p. 7.

³² *Ibidem*, p. 7.

social, sino lo contrario, la mayoría³³. En la futura reforma de nuestra legislación de igualdad, esto es algo a tener en cuenta, en cuyo caso habría que configurar de otra manera el Instituto de la Mujer.

Los cuatro estándares ideales de los organismos de igualdad son la independencia, la efectividad, la accesibilidad y su impacto. El examen de la independencia pasa por la revisión de su estatuto jurídico, los modos de elección de sus directivos, las formas de responsabilidad y la práctica operativa. En cuanto al estatuto jurídico, CROWLEY observa que 31 de los 43 organismos examinados tienen personalidad jurídica propia, lo que considera la mejor práctica. Diez forman parte de algún ministerio, como ocurre en el caso español, y dos, de entidades del tercer sector directamente. Respecto del modo de elección, 20 de los 43 son elegidos por el gobierno respectivo y solo 13 por el parlamento, lo que es considerado la mejor práctica, aunque sería todavía mejor si se hiciera a través de un procedimiento visible, competitivo y transparente. Trece organismos responden ante el parlamento, sobre todo a través de un informe anual, lo que se considera la mejor práctica, y dieciocho ante el gobierno. En España, ante nadie.

La efectividad pasa por contar con recursos, competencias, planes estratégicos y redes estables de socios significativos. El informe constata que “pocos organismos de igualdad tienen un nivel de financiación adecuado para tener un impacto real” y esta es “la barrera más significativa para su efectividad”³⁴. En relación con las competencias, diecinueve organismos (entre ellos, el nuestro) no pueden adoptar decisiones vinculantes ni imponer sanciones, ni siquiera acompañar a las víctimas de discriminación ante los tribunales. Esta es, evidentemente, una deficiente configuración de la institución. Solo diez organismos cuentan con planes estratégicos y se someten a evaluación. Como nota positiva, no obstante, se señala que diez organismos son competentes para apoyar la puesta en marcha de acciones positivas en el país respectivo. Por otro lado, las redes de socios de los organismos son variadas, pero la mayoría informales.

Un punto central de la accesibilidad es la existencia de oficinas regionales y locales, que es algo que solo diez países lo tienen. Y, por último, el impacto, que es individual (la víctima de la discriminación), pero también político (recomendaciones del organismo finalmente aceptadas por los actores políticos) y social (información, orientación, sensibilización y formación en materias de igualdad). Pues bien, el impacto real de los organismos de igualdad es difícil de medir por la carencia de datos y porque ni siquiera los propios organismos de igualdad se someten, por lo general, a evaluación.

Las funciones asignadas por la legislación europea son de dos tipos: la principal, sin duda, es la asistencia a las víctimas de discriminación, pero, junto a ella, se encuentra también la de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación y de emitir recomendaciones e informes. Como se ha indicado, cada país puede añadir otro tipo de competencias, sobre todo de tipo proactivo en materia de igualdad.

La experiencia muestra que muy pocas personas que se han sentido víctimas de una discriminación plantean demandas por sí solas, presumiblemente porque la acción judicial es incomprensible para ellas, estresante, dilatada en el tiempo y sin claras

³³ *Ibidem*, p. 8.

³⁴ *Ibidem*, p. 11.

expectativas de éxito. En Europa hay dos modelos de asistencia, uno que considera que debe incluir la investigación y resolución de quejas o reclamaciones (otorgando al organismo un estatus cuasi-judicial con capacidad de dictar resoluciones vinculantes o no), y otro que no lo hace, limitándose a proveer información a la víctima sobre las normas y sus derechos, derivarlo a la organización que sí pueda ayudarle en la formulación de una demanda judicial, o a asistirle directamente en casos de litigación estratégica, o ayudando a la víctima y al presunto agresor de su igualdad a alcanzar un acuerdo amistoso (mediación).

La mejor práctica es otorgar a los organismos de igualdad la potestad de oír e investigar reclamaciones de discriminación, lo cual sucede en la mayoría de países (concretamente, en dos de cada tres). El alcance de la potestad investigadora varía de unos países a otros, desde vagas provisiones (como en Italia) a situaciones en las que el organismo tiene una posición semejante a la de un fiscal o un juez de instrucción (como en Francia). En algunos casos, tiene la potestad de sancionar a quienes se nieguen a proporcionar la información solicitada (como en Hungría).

4 La segunda fase (2018-) y su contraste con la proposición de ley integral

En definitiva, el contexto europeo es muy variado porque las directivas “confieren a los Estados miembros un amplio margen de discreción en lo relativo a la estructura y funcionamiento de los organismos de igualdad”³⁵ y está claro que aún no se ha explorado de forma homogénea todo su potencial de impacto. La variedad no excluye, sin embargo, que del derecho europeo se puedan extraer algunos principios fundamentales e inexcusables en relación con la reforma del organismo de igualdad español, y de la experiencia comparada, un elenco de buenas prácticas a tener en cuenta. Además de la Recomendación de la ECRI de 1997, ya descrita, para identificar tales principios, es preciso tener en cuenta dos textos. Por un lado, la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018, sobre los estándares comunes para los organismos de igualdad en Europa, inspirada, por cierto, en el informe de CROWLEY analizado, y, por otro lado, el informe de la Comisión que evalúa la aplicación de la Recomendación antes mencionada, de 19 de marzo de 2021. La recomendación abre, a mi juicio, una segunda fase, más madura, segura, concreta, precisa y potente del modelo de implantación estatal en Europa de los organismos para la igualdad.

4.1 La Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018

Comienza constatando que “todos los Estados miembros han establecido organismos para la igualdad” (considerando 10) y es a ellos a quien se aplica la recomendación, que, evidentemente, no tiene eficacia vinculante, pero sí para interpretar cabalmente

³⁵ Considerando 18 de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018.

cómo debe configurarse en los órdenes internos el organismo de igualdad que se impone por parte de la Unión. La recomendación también parte del hecho de la diversidad de configuración de los organismos en Europa, lo cual es lógico dado el amplio margen de libertad que conceden las directivas, pero observa algunos peligros derivados de ello: insatisfacción de los ciudadanos a la hora de acceder a la protección contra las discriminaciones (cdo. 18); protecciones desiguales de unos Estados a otros (cdo. 18); en los países que han creado más de un organismo de igualdad, la inexistencia de mecanismos claros para su coordinación y cooperación (cdo. 19); aumento de competencia sobre diversos ámbitos sin un simétrico aumento de recursos para ello e incluso reducción presupuestaria que debilita la capacidad para llevar a cabo las tareas (cdo. 20); hay organismos sin independencia por presiones exteriores, niveles de personal inadecuados (cdo. 21), adscripción a un ministerio que obedece instrucciones del Gobierno (cdo. 21); concentración de energías de forma desproporcionada en algunas tareas en detrimento de otras (cdo. 23); invisibilidad entre el público general, dificultad de acceso físico y en línea de las víctimas, confidencialidad no siempre asegurada y carencia de procedimientos simples y gratuitos (cdo. 24). Aunque la recomendación no pone ejemplos de países concretos, es palmario que el español reúne todos los defectos mencionados más otros.

En este contexto, la recomendación se propone “colmar la brecha normativa entre los organismos para la igualdad en toda Europa” (cdo. 28) a fin de “mejorar (su) independencia y eficacia (...) especialmente en lo que respecta a su capacidad de garantizar que los individuos y grupos que sufren discriminación puedan disfrutar plenamente de sus derechos” (capítulo I, 1). Todos los Estados miembros, recuerda ese mismo capítulo I en su inciso 2, “deben garantizar que los organismos para la igualdad pueden desempeñar sus funciones, como disponen las directivas (antes mencionadas), con independencia y eficacia”.

¿Cuáles son las “medidas recomendadas”? El texto distingue diversos ámbitos:

A) Mandato de los organismos de igualdad:

1) El organismo para la igualdad estatal debe abarcar la discriminación de los seis rasgos antes aludidos (etnia/raza, género, orientación sexual, religión/convicciones, edad y discapacidad).

2) Su competencia debe abarcar, en todo caso, los ámbitos del empleo y la ocupación, el acceso a bienes y servicios y su suministro, la educación, la protección social y los beneficios sociales. La recomendación añade otro ámbito que encuentro especialmente interesante e indicado para el ordenamiento español: los delitos de odio³⁶ en relación con las áreas sociales aludidas (cap. II, 1.1.1.2), aunque, a mi juicio, aquí se establece una obligación de contenido mínimo y no máximo, de modo que el futuro organismo español de igualdad podría conocer no solo del discurso de odio más grave, con relevancia penal (y, por eso, reservado a la jurisdicción penal, aunque el organismo de igualdad podría tener competencias para denunciar, acompañar procesalmente a la víctima, etc.), sino de todo discurso de odio discriminatorio, incluso el menos grave (precisamente, el menos controlado en la actualidad) y en todos los

³⁶ La recomendación se refiere a “la incitación al odio” y en el considerando 16 habla de “delitos de odio e incitación al odio”.

ámbitos y no solo los mencionados en la recomendación (por ejemplo, también en la actividad política). Hace años que vengo abogando por que el organismo de igualdad tenga capacidad para sancionar administrativamente con multas las infracciones tipificadas que lesionen con cierta entidad la prohibición constitucional de discriminación, al modo de la Agencia de Protección de Datos³⁷. No alcanzo a entender por qué conducir a más kilómetros de los permitidos por una vía solitaria merece una multa y una serie de comentarios racistas ampliamente difundidos proferidos por un candidato a alcalde (que es, en realidad, un claro caso de acoso discriminatorio, es decir, una especie de discriminación directa), por ejemplo, no. Por supuesto, el sancionado tendría abierta después la vía de la protección judicial correspondiente³⁸.

3) En cuanto a la fundamental función de “asistencia a las víctimas”, esta comprende, como mínimo: recibir y tramitar denuncias individuales o colectivas, proporcionar asesoramiento jurídico a las víctimas, también a la hora de tramitar sus denuncias, participar en actividades de mediación y de conciliación, representar a los denunciantes ante los tribunales y actuar en calidad de *amicus curiae* o de experto donde fuera necesario (cap. II, 1.1.2.1). El inciso segundo de este mismo artículo anima a los Estados a “considerar la opción de ofrecer a los organismos para la igualdad la posibilidad de participar o asistir en acciones judiciales, con el fin de hacer frente a la discriminación estructural y sistemática en los casos seleccionados por los propios organismos debido a su abundancia, su gravedad o su necesidad de clarificación desde el punto de vista jurídico”. Tales acciones “podrían tener lugar bien en nombre del propio organismo o en nombre de las víctimas u organizaciones que las representan, de conformidad con el derecho procesal nacional”. Así pues, en los casos más resistentes de discriminación “estructural y sistemática”³⁹, el ideal de organismo que propone la recomendación es excelente: propone nada menos que “objetivar” la protección contra tales discriminaciones, más allá de la defensa subjetiva que se le ofrece a las víctimas, apoyando a estas o impugnando con legitimación procesal activa las discriminaciones estructurales en sede judicial. Un magnífico ejemplo de esto, si las autoridades españolas crearan el organismo de igualdad tal y como lo exige la Unión Europea, podría ser la impugnación judicial directa por parte de dicho organismo de, por ejemplo, la existencia de centros educativos con una alta densidad de minorías étnicas, una clara manifestación, a mi juicio, de discriminación racial indirecta en el ámbito educativo. El Informe de evaluación de la Recomendación de 2021 que se examina más abajo propone como ejemplo la impugnación de las discriminaciones que se produzcan como consecuencia de la inteligencia artificial o los casos de discurso discriminatorio contra grupos de personas (página 8).

La configuración realmente potente de la función de asistencia a las víctimas que se contiene en la recomendación no se detiene ahí. También sugiere a los Estados

³⁷ Por ejemplo, en REY MARTÍNEZ, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Álvarez Vélez, M.ª I. y Carlos Vidal Prado, C. (coords.), *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 307-322.

³⁸ El capítulo II, 1.1.2.6) estipula que esta posibilidad de defensa judicial del afectado contra las sanciones de los organismos de igualdad debe asegurarse en todo caso y de forma expresa.

³⁹ Una definición de ambos términos en REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit., pp. 108-110.

que el organismo de igualdad pueda formular recomendaciones e, incluso, si se autoriza, “decisiones jurídicamente vinculantes en casos individuales o colectivos de discriminación”, en cuyo caso deberían disponer también “la capacidad de imponer sanciones adecuadas, eficaces y proporcionadas” (cap. II, 1.1.2.5), así como la recopilación de pruebas e información (cap. II, 1.1.2.4) y de seguimiento para garantizar su aplicación (cap. II, 1.1.2.3).

4) Sobre el resto de funciones, la recomendación se pronuncia en los siguientes términos: (a) Elaboración de estudios independientes: deben ser elaborados con “regularidad” y con “cantidad suficiente de datos fiables” que posibilite extraer conclusiones sobre ellos (cap. II, 1.1.2.7). (b) Informes independientes: deben ser “de alta calidad” y periódicos y se deben presentar a “las instituciones públicas, incluidos los parlamentos y los gobiernos nacionales o regionales pertinentes”. Su alcance debe ser “lo suficientemente amplio para hacer posible una evaluación global de la situación de discriminación en el Estado miembro en relación con cada uno de los motivos contemplados” (cap. II, 1.1.2.8). Dichos informes deben contener (como mínimo): número de denuncias por cada motivo de discriminación; duración de los procedimientos administrativos desde la presentación de la denuncia hasta el archivo del caso; resultado de los procedimientos administrativos; y número, duración y resultado de casos judiciales en los que haya presencia del organismo para la igualdad (cap. II, 1.1.2.9). (c) Recomendaciones de los organismos para la igualdad: los Estados miembros deben garantizar que sus autoridades han tenido en cuenta, en la medida de lo posible, las recomendaciones de tales organismos en materia de legislación, políticas, procedimientos, programas y prácticas. Las autoridades deben informar a los organismos sobre la forma en que dichas recomendaciones se han tenido en cuenta y hacer pública esa información (cap. II, 1.1.2.10). (d) Fomento de la igualdad: los organismos deben prevenir la discriminación ofreciendo formación, información, asesoramiento, orientación y apoyo a las instituciones e individuos afectados, y dando a conocer al público tanto la existencia del organismo como el contenido de las normas contra la discriminación y cómo obtener una reparación. También deben participar los organismos en el debate público, mantener un diálogo regular con las autoridades, comunicarse con los grupos discriminados y las partes involucradas, así como promover buenas prácticas y acciones positivas (cap. II, 1.1.2.11 y 12).

B) Independencia y eficacia:

1) La independencia exige considerar: (a) organización, (b) posición en la estructura administrativa global, (c) asignación de presupuesto, (d) procedimientos para la tramitación de los recursos (cap. II, 1.2.1.1).

2) Los recursos humanos (suficientes y cualificados), técnicos y financieros, los locales e infraestructuras deben ser los necesarios para desarrollar sus funciones con eficacia en un tiempo razonable (cap. II, 1.2.2.1).

3) En cuanto a la presentación de denuncias, acceso y accesibilidad (cap. II, 1.2.3), los Estados deben garantizar la posibilidad de presentar denuncias ante los organismos para la igualdad de forma oral, escrita y en línea, en la lengua de elección del demandante; el procedimiento ha de ser sencillo y gratuito; se debe garantizar

confidencialidad a los denunciantes, los testigos e informantes; todas las personas, y en particular las que tengan alguna discapacidad, deben poder acceder fácilmente a las instalaciones físicas y digitales del organismo; es deseable una presencia del organismo en todo el territorio; los organismos deben poder realizar campañas de sensibilización efectivas para informar al público de su existencia y de la posibilidad de presentar denuncias por discriminación.

El modelo “ideal” de organismos estatales para la igualdad resulta ser, por consiguiente, muy sólido y también preciso, aunque no haya una sola forma válida de creación. Es evidente que “el ente” que tenemos en España, el CEDRE, ni se aproxima a dicho modelo. Y es evidente también que las autoridades comunitarias se están poniendo progresivamente serias sobre la obligación de los Estados de ajustarse en la medida de lo posible a su modelo de organismos para la igualdad. Eso explica, desde luego, más que una casi inexistente demanda social o política interna, la proposición española a la que más abajo me referiré, si bien adelanto que, aunque claramente se adapta al marco europeo, lo hace de un modo realmente tacaño respecto de sus posibilidades de configuración.

4.2 El Informe de la Comisión que evalúa la aplicación de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018, de 19 de marzo de 2021

Un claro síntoma de la progresiva seriedad con la que las instituciones comunitarias están enfocando las transposiciones estatales de los respectivos organismos para la igualdad es el Informe de seguimiento que la Comisión ha publicado en 2021, evaluando el grado de cumplimiento de la decisiva recomendación analizada, que no induce precisamente al entusiasmo⁴⁰. Su estructura es simétrica a la de la recomendación:

A) Mandato⁴¹. Solo tres Estados, entre ellos el nuestro⁴², junto con Portugal y Finlandia, ciñen el organismo al rasgo racial y no a todos los rasgos protegidos en el derecho europeo y limitan las áreas sociales de eventual conflicto. Dos de cada tres organismos tienen capacidad de actuar contra el discurso de odio (entre ellos no se encuentra el español). Algunos Estados tienen varios organismos de igualdad diferentes (por ejemplo, uno general y otro específico para el género o la discapacidad) y otros, un solo organismo para todos los rasgos. En cerca de la mitad de los Estados, el organismo para la igualdad ha sido asumido por la figura de los *Ombudsperson*⁴³.

⁴⁰ Este informe tiene en cuenta la información que se exige a los Estados sobre su cumplimiento de la recomendación (algo previsto en su capítulo III); los estudios de la Red Europea de Organismos de Igualdad (Equinet); los de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales; los de la ECRJ; y los de algunos organismos de igualdad, de la sociedad civil y de algunos expertos (por ejemplo, CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, cit.).

⁴¹ Páginas 4-6.

⁴² Aunque ha comunicado a la Comisión que está en proceso de reforma legal para superar esto (p. 4). En cualquier caso, en el informe en análisis, que apenas pone nombres de países a las buenas o malas prácticas, el de nuestro país sale de modo expreso respecto de estas últimas en diversas ocasiones.

⁴³ Más tarde volveré sobre esto, pero adelanto que me parece la mejor solución para el nuevo organismo de igualdad de nuestro país. El informe (p. 6) identifica ventajas como las sinergias entre funciones, aprendizaje mutuo, ahorro de costes, ampliación del equipo humano cualificado, mayor disponibilidad para las víctimas y más facilidad para ser conocidos por el público.

El informe valora las ventajas asociadas a un solo organismo para todos los tipos de discriminación: mayor facilidad de acceso para las víctimas, eficiencia económica y capacidad de manejar los casos de interseccionalidad. También presenta problemas como el de asegurar suficiente atención y visibilidad a todos los rasgos de discriminación protegidos, sobre todo en un contexto de recursos escasos. El informe propone como buena práctica de los organismos para la igualdad trabajar en tres niveles: uno general, buscando el progreso en todos los rasgos cubiertos; otro específico para cada rasgo; y un tercero para los casos de discriminaciones múltiples o interseccionales, donde interactúen dos o más rasgos.

B) Funciones⁴⁴. Respecto de la asistencia a víctimas, el informe insiste en la conveniencia, sugerida por la recomendación, de que se conceda legitimación procesal directa a los organismos de igualdad para litigar en su propio nombre en casos de discriminaciones colectivas, sistemáticas, etc. Esta objetivación de la asistencia a las víctimas a través de la litigación estratégica serviría para promover la lucha contra las discriminaciones y, por tanto, para provocar cambios legales y en las políticas públicas. Por el momento, revela el informe, tan solo diez Estados cuentan con la posibilidad de representar a las víctimas de discriminación ante los tribunales⁴⁵ y la cifra se reduce a cinco respecto de la capacidad de actuar procesalmente en nombre propio (y no de las víctimas). Dos de cada tres países permiten a los organismos iniciar investigaciones de oficio. La mayoría de países actúan en fases previas y alternativas a la defensa judicial de las víctimas a través de la mediación, aunque, según las cifras que aporta el informe, en escasos casos y con muy poco éxito, además. Todo esto puede producir frustración y falta de confianza en la institución por parte de las víctimas.

Pero, además de asistir a las víctimas, algunos organismos de igualdad en Europa, hasta diez, tienen la competencia de tomar decisiones vinculantes en este campo (convirtiéndoles en un “organismo cuasi-judicial”, p. 9). En no todos ellos el organismo tiene capacidad de imponer sanciones. Y allí donde se permite, se han detectado a menudo como insuficientes. El informe valora (p. 10) como buena práctica que un Estado (del que no dice el nombre) se propone reformar su normativa para que su organismo de igualdad pueda imponer medidas cautelares, sanciones administrativas, ordenar el pago de una compensación incluyendo los daños no económicos, requerir a los infractores el cese de su actividad y ordenar sanciones si sus exigencias no se cumplen. Este sería, a mi juicio, un buen modelo a imitar por parte del legislador español.

El informe también critica el escaso seguimiento que los organismos para la igualdad hacen de sus decisiones, y se plantea el problema de la pérdida de imparcialidad en los casos en que los organismos pueden adoptar decisiones vinculantes, ya que optarían por una de las posiciones en conflicto. Para evitar esto, el texto propone

⁴⁴ Páginas 6-15.

⁴⁵ Lo que tampoco parece hacerse a menudo y, además, hay miedo a tener que pagar las costas judiciales si se pierden los casos, lo cual, en un contexto de recursos escasos, desanima a la presentación de recursos ante los jueces (p. 9).

una organización separada del órgano con dicha capacidad dentro del organismo de igualdad.

En cuanto al resto de funciones, el informe observa lo siguiente: (a) aún no se dispone en general de una suficiente colección de datos sobre la discriminación (un tercio de los Estados no han realizado estos estudios independientes por falta de recursos y otro tercio los ha realizado, pero de modo incompleto). El texto propone como buena práctica colaborar con el organismo estatal de estadística. (b) Algo semejante puede decirse de los informes independientes, aunque el documento señala que en tan solo dos Estados no se emiten con regularidad (aquí no cita a España, pero no es dudoso que se trata de uno de ellos). La independencia de los informes se compromete si se publican a cargo de las autoridades nacionales. (c) Por lo que se refiere a las recomendaciones para mejorar la legislación y las políticas públicas, el informe constata que casi todos los organismos para la igualdad lo hacen, sobre todo en sus informes anuales. Es una buena práctica la consulta previa a los organismos respecto de la normativa y las políticas antidiscriminatorias y la explicación posterior de por qué las recomendaciones fueron o no tenidas en cuenta. (d) Promoción de la igualdad. La mayoría de los organismos cumplen esta función de una u otra manera.

C) Independencia y efectividad⁴⁶. El informe observa que la mayoría de los organismos en Europa tienen independencia jurídica, pero no de hecho. Suelen tener personalidad jurídica, pero en algunos pocos Estados siguen dependiendo de un ministerio (el caso español, por ejemplo). Tampoco se asegura por lo general autonomía presupuestaria tanto para decidir el montante de gastos como para gestionar libremente esos fondos. También es crucial para asegurar la independencia del organismo el método de nombramiento y revocación de las personas que lo componen, sobre todo de sus líderes (que pueden ser individuales –lo más común– o colectivos). Normalmente, el director o directora del organismo es elegido por el gobierno, pero el informe asegura que es mejor práctica implicar también o en exclusiva al parlamento en su designación (mejor competitiva a partir del currículo profesional y transparente) con una mayoría cualificada. La función de liderazgo del órgano es mejor que sea incompatible con otros trabajos, públicos y privados. Interesante, asimismo, incluir un listado de causas de revocación del mandato, entre otras razones de salud o indebido manejo financiero de la institución.

El equipo humano del organismo se dirige a la diversidad social y por ello mismo su composición debe reflejar en sí misma tal diversidad. Esto puede asegurar la confianza de las víctimas. La total accesibilidad a las personas con discapacidad debe garantizarse.

El informe considera una buena práctica que el organismo para la igualdad responda ante el parlamento a través del debate en el mismo del informe anual, pero siempre que no se someta a una aprobación formal.

Sin recursos humanos, de infraestructura y económicos adecuados, los organismos para la igualdad no pueden llevar a cabo sus funciones. En la práctica, los presupuestos difieren mucho entre sí: desde 5 miembros a 50 y de medio millón de

⁴⁶ Páginas 16-20.

euros a más de 50 millones. Y esto no se explica solo porque el país sea más o menos amplio o por la diferencia del coste de la vida. A veces, los datos del presupuesto no son transparentes. En los últimos años ha habido incrementos presupuestarios, pero también recortes. La insuficiencia de fondos es la mayor preocupación de los organismos de igualdad en Europa.

D) Procedimientos, acceso y accesibilidad⁴⁷. En casi todos los Estados las demandas se pueden plantear oralmente (incluso por teléfono), por escrito o en línea y en todas las lenguas oficiales. Sobre la presencia física en todo el territorio, un tercio de los organismos no son visibles o no están abiertos al público. La existencia de oficinas regionales y locales es una buena práctica. La mitad de los Estados cuentan con presencia regional y local. El informe sostiene que la creciente informatización de los procesos no elimina la necesidad de presencia física de los organismos de igualdad, precisamente porque las personas más discriminadas son las que, en principio, tienen menos acceso a herramientas digitales.

Otro grave problema, junto con la insuficiencia presupuestaria, es que los organismos de igualdad siguen sin ser demasiado conocidos entre la población. El informe urge a incrementar su visibilidad, disponibilidad, accesibilidad y confianza.

Hasta aquí el examen del informe de evaluación. Sin duda, se trata de un texto extraordinariamente útil para entender correctamente qué es el organismo de igualdad al que se refiere de modo sistemático la normativa europea. Con la Recomendación de 22 de junio de 2018 parece evidente que la Unión Europea ha entrado en una suerte de segunda fase de implantación de los organismos para la igualdad, tras la inicial obligación de creación a partir del año 2000 de los organismos, que no especificaba, sin embargo, los rasgos fundamentales de su régimen de organización y actividad. Esta segunda fase se caracteriza por el diseño, a partir de la gradual fundación de los organismos en los diversos Estados europeos y su experiencia de los años iniciales de funcionamiento, de un modelo de organismo tan preciso como potente. Para entendernos en el contexto de la cultura institucional española: un organismo de similar arquitectura que la Defensoría del Pueblo (incluso con mayor ámbito de actuación que esta porque puede conocer de lesiones del derecho de igualdad por parte de particulares, y con mayores potestades, incluso, ojalá, para sancionar por sí mismo) o la Agencia de Protección de Datos.

Es evidente que el modelo europeo de organismo para la igualdad, cada vez más potente, se ha ido alejando del organismo español, el CEDRE, cada vez más débil, y, de ahí, la imperiosa necesidad de una reforma en profundidad entre nosotros. Ya en 2011 se aprobó, en los últimos compases de la segunda legislatura del presidente José Luís Rodríguez Zapatero, un Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴⁸, que no logró aprobarse por la extinción de la legislatura y que no fue repescado en la posterior. Se presentó de nuevo como proposición de ley desde la oposición en 2017, pero tampoco prosperó. Finalmente, una Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha sido presentada

⁴⁷ Páginas 21-24.

⁴⁸ En el que, por cierto, también tuve el honor de participar como experto técnico.

y, hasta el momento en que se escriben estas líneas, tomada en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados el 23 de febrero de 2021. Se impone ahora, por tanto, contrastar los requerimientos que provienen del marco europeo con la nueva regulación en debate.

4.3 Contraste del marco europeo con la regulación prevista en la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación tras su toma en consideración por el Pleno del Congreso el 23 de febrero de 2021

Evidentemente, este artículo no es el lugar para analizar en profundidad la proposición y más teniendo en cuenta que es esperable que sufra cambios a lo largo de su tramitación parlamentaria en el caso de que, finalmente, llegue a prosperar, como es lo deseable. Pero sí resulta indispensable utilizar dicho texto como banco de pruebas de cuanto se ha ido exponiendo hasta el momento, contrastando su regulación con el marco europeo de referencia.

De entrada, hay que reconocer que la proposición sí intenta, por fin, más de veinte años después de la Directiva 2000/43, transponer seriamente en nuestro ordenamiento la regulación europea, por más que algunos aspectos sigan siendo, a mi juicio, mejorables, empezando por la propia naturaleza de la norma, que debería ser orgánica y no ordinaria⁴⁹ y por su nombre⁵⁰. La propia exposición de motivos reconoce, en su penúltimo párrafo, que la transposición actual vigente es “insuficiente e ineficiente”.

El proyecto de norma menciona expresamente en el artículo 2.1 los rasgos protegidos por ella, que son los seis europeos⁵¹ (y no solo ya “el origen racial o étnico”⁵²), des-

⁴⁹ No ignoro que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ciñe el ámbito material de las leyes orgánicas en cuanto al desarrollo de “los derechos fundamentales y las libertades públicas” (art. 81.1 CE) solo a los derechos de la sección primera del capítulo segundo del título I, es decir, a los derechos comprendidos entre los artículos 15 a 29. Pero esto es debido a una errónea comprensión inicial de la igualdad y no discriminación del artículo 14 no como un derecho autónomo, sino como un derecho meramente relacional respecto del ejercicio del resto de derechos. El derecho a no sufrir discriminación es un derecho fundamentalísimo que está intensamente protegido por el derecho internacional de los derechos humanos aplicable y, en el orden interno, por la protección judicial ordinaria reforzada para los derechos fundamentales y también por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, así como por la rigidez más agravada frente a la reforma constitucional del procedimiento previsto en el artículo 168 CE por su evidente conexión tanto con el título preliminar como con el resto de derechos fundamentales. En otras palabras, su no consideración como ley orgánica revela un enfoque conservador, formalista e incoherente desde el punto de vista sistemático.

⁵⁰ En mi opinión, la expresión “igualdad de trato y la no discriminación”, además de que no es precisamente eufónica, no es del todo correcta desde el punto de vista conceptual, porque la no discriminación comprende la igualdad de trato más la igualdad de oportunidades. Por tanto, con el concepto de discriminación ya se abarca la igualdad de trato. Por otro lado, si se menciona la discriminación sin ningún apellido, es evidente que asume un enfoque “integral”, de modo que este adjetivo es un pleonismo. Un mejor título sería, creo, algo así: “Ley orgánica de lucha contra toda forma de discriminación”. O, si se prefiere: “Ley orgánica para la promoción de la igualdad y la protección frente a las discriminaciones”.

⁵¹ Uno de ellos es, por supuesto, el “sexo” (llama, no obstante, la atención que no se mencione “género”). La proposición opta, pues, por configurar un organismo multitareas que incluye todas las causas de discriminación sin tratar de modo separado las discriminaciones de género, que son las más numerosas y guardan cierta especificidad porque afectan no a una minoría social, sino a la mayoría y siempre para agravar la discriminación cuando concurre el resto de rasgos. Ciertamente, el enfoque elegido permitirá manejar mejor estos casos de discriminación múltiple o interseccional, pero no sería descabellado, a mi juicio, como más arriba expuse, que coexistieran un organismo para la igualdad en general y un organismo específico para la igualdad de género (quizá a partir de una transformación legal del Instituto de la Mujer).

⁵² La normativa europea y también la española hablan de “origen racial o étnico”, pero considero que esta expresión es incorrecta porque si, científicamente, no existen razas humanas, tampoco pueden existir, por lógica, “orígenes” raciales. Sería mejor emplear la expresión “motivos raciales o étnicos”.

doblando, con buen criterio, el factor “orientación sexual” europeo en tres epígrafes que en realidad deben distinguirse: orientación sexual, identidad sexual y expresión sexual (para las personas que deciden no encajarse en el modelo binario), más el nacimiento (aludido por el art. 14 CE), la enfermedad (que la jurisprudencia europea y la nacional han venido identificando como posible rasgo exclusógeno, por ejemplo en relación con el SIDA o con la obesidad extrema) y la situación socioeconómica (que abre una perspectiva muy interesante de utilización del derecho antidiscriminatorio en la lucha contra la aporofobia). Por supuesto, la lista es abierta porque se menciona, como el artículo 14 CE, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta lista de rasgos cumple cabalmente lo requerido por el modelo europeo.

La lista de ámbitos sociales de discriminación del artículo 3.1 también satisface con creces las exigencias europeas porque comprende lo previsto en la recomendación y añade muchos otros, como, por ejemplo: la afiliación y participación en todo tipo de organizaciones, la seguridad ciudadana, la administración de justicia, la publicidad y los medios de comunicación, internet y redes sociales, las actividades deportivas e incluso la inteligencia artificial (ya que los algoritmos pueden determinarse a partir de prejuicios discriminadores). Tan solo una observación crítica en este punto: aunque el listado menciona la publicidad, los medios e internet, la proposición no alude expresamente a la función del Comisionado como garantía frente al discurso (no ya los delitos, porque esto corresponde exclusivamente al poder judicial) de odio discriminatorio.

La proposición introduce la protección contra nuevas formas de discriminación (por asociación, por error, múltiple, etc.) y, sobre todo, las garantías exigidas por el derecho comunitario. Entre ellas, de modo principal, como no podía ser de otro modo, la nueva institución del “Comisionado para la igualdad de trato y la no discriminación”, que se regula en el título III del proyecto de norma (arts. 36-41). Se configura (art. 36) como autoridad independiente⁵³ de ámbito estatal con capacidad para promover y proteger la igualdad frente a los poderes públicos y también respecto de los particulares. El artículo 36 habilita expresamente a las comunidades autónomas para crear “organismos con la misma naturaleza”, pero también para atribuir estas funciones a instituciones ya existentes. Esto es muy interesante porque permitiría que los defensores del pueblo autonómicos, allí donde existen, asumieran las competencias de lucha contra la discriminación. En el epígrafe siguiente y último de este análisis, propondré como mejor fórmula (no, evidentemente, la única posible) que sea el Defensor del Pueblo estatal quien lo haga en el ámbito estatal.

El Comisionado tendrá personalidad jurídica propia y autonomía orgánica y funcional. Su estructura orgánica, régimen de personal y económico, etc., se regularán en el Estatuto del Comisionado, que habrá de elaborar el primer Comisionado (los

⁵³ Por eso el nombre de “Comisionado” no acaba de convencer; porque “comisionado” ¿de quién? Veremos que el nombramiento es del Gobierno (con una previa aprobación parlamentaria), de modo que lo lógico sería pensar que se trata de un comisionado del Gobierno, pero esto es incompatible con la idea de autoridad independiente y con su estatuto jurídico. Mejor, por tanto, hablar de “Alta Autoridad” o similar. En un sentido semejante, véase FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Aportaciones de la alianza por la ley de igualdad de trato a la proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, FSG, Madrid, marzo 2021, p. 4.

sucesores podrían presentar modificaciones) y ser aprobado por el Gobierno mediante Real decreto (art. 37). El Comisionado será nombrado por el Gobierno entre personalidades de reconocido prestigio en la materia, previa comparecencia ante la comisión correspondiente del Congreso, que podrá aprobar o rechazar por mayoría absoluta el nombramiento propuesto. Su mandato será de cinco años, sin posibilidad de renovación. Las causas de cese son estrictas: renuncia, incapacidad permanente, condena firme por delito doloso o incumplimiento grave de los deberes de su cargo (art. 37). El Comisionado propondrá anualmente a Hacienda un proyecto de presupuesto para su inclusión en la Ley general de presupuestos del Estado. El control económico y financiero corresponderá al Tribunal de Cuentas (art. 38).

Los rasgos fundamentales del Estatuto del Comisionado sí parecen asegurar su independencia respecto del Gobierno y responden al marco de la Recomendación de la Comisión antes mencionada. Autonomía organizativa, presupuestaria y de desarrollo normativo. Un mandato que no coincide con el de una legislatura. Un nombramiento gubernamental, pero con previa aprobación parlamentaria. No se alcanza el ideal de un nombramiento tras un concurso, pero, al menos, se exige que el Comisionado o Comisionada cuente con un “reconocido prestigio en la defensa y promoción de la igualdad”. Causas de cese tasadas. La proposición menciona la adscripción de funcionarios, personal laboral e incluso de letrados del Estado para el ejercicio de sus competencias. Aún más: el artículo 38 ordena establecer medidas de acción positiva para que una parte del personal provenga de los colectivos protegidos especialmente por esta norma, tal y como sugería también la recomendación europea. Puede concluirse, por consiguiente, que también en este punto la proposición cumple los parámetros europeos de independencia. Otra cosa es si también lo hará respecto de los de eficacia porque eso dependerá, finalmente, del presupuesto y del personal, en número y cualificación, que se le asigne una vez creado.

Las competencias del Comisionado se relacionan en el artículo 36. Aunque de un modo desordenado, incluye las exigidas por el derecho comunitario, sin duda, tanto en un rol proactivo (de promoción) como reactivo (de protección). De todas las competencias, la principal es, sin duda, la de asistencia a las víctimas de cualquier tipo de discriminación. Pues bien, en este campo hay indudables mejoras respecto de la situación vigente, pero el modelo de Comisionado previsto no alcanza el ideal sugerido por la recomendación europea. El Comisionado puede mediar y conciliar, salvo en materia penal y laboral, sustituyendo a los eventuales recursos de alzada y reposición (art. 36.b). Esto es interesante, aunque, por un lado, no se entiende que se excluya la mediación del ámbito laboral y, por otro, sería mejor, a mi juicio, si también pudiera llevar a cabo una función (voluntaria para los afectados) de arbitraje, con decisiones vinculantes para ellos. Puede también iniciar investigaciones de oficio o a instancia de terceros, pero no en materia penal (donde debe remitir el tanto de culpa al fiscal o a la autoridad judicial) y solo si se trata de discriminaciones de especial gravedad o relevancia (art. 36.e). Se configura, pues, una competencia investigadora de modo particularmente cauteloso y poco definida, quizá, incluso,

Regap



ESTUDIOS

más limitada que la investigación que actualmente puede llevar a cabo el Servicio de Asistencia a Víctimas.

El artículo 40.3 establece el deber para administraciones públicas y particulares de prestar la colaboración necesaria al Comisionado, proporcionándole toda clase de información que este le requiera. La proposición contiene un catálogo de infracciones y sanciones administrativas por discriminación (arts. 43 y ss.), y en las infracciones (art. 43.3.c) se incluye entre las graves (con una sanción de entre 10.001 a 40.000 euros: art. 44.1.b) “el incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituya una exigencia formal, formulado por el órgano administrativo al que corresponda el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de esta ley”. Quizá aquí se podrían incluir las conductas graves de omisión del deber de colaboración con el Comisionado, pero sería mejor, a mi juicio, especificarlo de modo expreso.

Un dato fundamental de la proposición es que el Comisionado no puede sancionar por sí mismo, sino que, a lo sumo, puede interesar la actuación de la Administración para sancionar infracciones administrativas (art. 36.e). Es decir, el Comisionado no podría poner una multa a un colegio por alguna conducta discriminatoria, sino que deberá poner el hecho en conocimiento de la inspección educativa. Lo mismo en el ámbito laboral y en los demás. Como hemos visto, la recomendación no exige que el organismo para la igualdad tenga potestad sancionadora. Pero en algunos países sí la tiene. A mi juicio, este es mejor modelo. Primero porque ya existen las inspecciones educativa, laboral y de otros tipos y, sin embargo, siguen existiendo discriminaciones en todos esos ámbitos. Segundo, porque, si se mantiene la potestad sancionadora tal y como está, ¿qué novedad real se introduce con esta figura?, ¿para qué se crea? Tercero, porque no sancionar impedirá al Comisionado hallar visibilidad ciudadana alguna. Cuarto, porque hay precedentes de organismos que inciden en ámbitos donde ya existen órganos administrativos con potestad sancionadora y, por cierto, con éxito: por ejemplo, la Agencia de Protección de Datos. Es evidente que la inspección laboral debe garantizar los derechos de los trabajadores, también los de la protección de sus datos, pero también lo es que el trabajo especializado de la Agencia ha venido a hacer más incisiva dicha protección. Quinto: porque puede haber diferencias de criterios en ciertos casos entre el Comisionado y el órgano sancionador de que se trate y, en estos casos, siempre prevalecerá la voluntad de este último, fragilizando de modo manifiesto la posición institucional del Comisionado. Que este pueda sancionar por discriminación, con las cautelas requeridas por la recomendación europea, es “ponerle dientes” a la institución. En mi opinión, a la vista de nuestra experiencia en esta materia, privar al Comisionado de la potestad de sancionar es impedir, *a limine*, que esta figura tenga solidez institucional alguna. Quizá no nacería muerto, pero sí muy débil.

Otro punto frágil de la proposición es, a mi juicio, que no permite al Comisionado acudir directamente a los tribunales para defender la prohibición de discriminación, al menos en los casos más graves, institucionales y sistemáticos, como sí sugiere la recomendación. La proposición modifica la Ley de enjuiciamiento civil y la Ley

reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (disposiciones finales segunda y tercera) para otorgar legitimación procesal al Comisionado en defensa de la prohibición de discriminación, pero siempre con la autorización de las personas afectadas, legitimación de la que ya disponen muchos otros sujetos respecto de los que el Comisionado no logra distinguirse especialmente. En este punto se pierde, en mi opinión, otra magnífica oportunidad para crear una institución de referencia en la lucha contra la discriminación. Su misión de defensa de las víctimas cumpliría la normativa europea, pero en su rango más básico o mínimo.

5 Tesis conclusiva: la conveniencia de atribuir las funciones del organismo para la igualdad al Defensor del Pueblo estatal y sus equivalentes autonómicos

En definitiva, nos encontramos en el contexto de una segunda fase de implantación de los organismos de igualdad en Europa, más seria y precisa aún que la anterior, con una transposición española inicial perezosa y tramposa que revela, de un lado, la carencia de voluntad política para atajar un problema, las discriminaciones, que, salvo en el género, la orientación e identidad sexual y la discapacidad, apenas se reconoce; y, de otro, la falta de conexión del emergente derecho antidiscriminatorio europeo con la tradicional cultura jurídica patria, así como con el intento (de nuevo) de hacer converger el modelo europeo y el español. La proposición sumariamente analizada ha de ser, en este sentido, bienvenida, aunque finalmente el organismo para la igualdad prefigurado, si bien cumple con los estándares europeos, lo hace de un modo mínimo, a mi juicio. Casi en el umbral de la mediocridad.

Con buen criterio, el Comisionado es una institución completamente diferente del CEDRE, aunque este último Consejo podría, quizá, subsistir, con las debidas reformas, como el órgano de participación y consulta dentro del Comisionado al que se refiere el artículo 39 de la proposición. También el servicio actual de atención a víctimas podría mantenerse en el marco del trabajo del Comisionado, con las modificaciones oportunas, entre otras no menores la incorporación de entidades de lucha contra todo tipo de discriminaciones y no solo la racial/étnica. Las ventajas del servicio son: la experiencia adquirida en todos estos años; su presencia en el territorio; la capacidad de las entidades especializadas del tercer sector de suscitar denuncias, informar y sensibilizar a los grupos en desventaja y la posibilidad que supone de implicarlas institucionalmente en la lucha contra la discriminación. Lógicamente, ahora sería el propio Comisionado quien asumiría en primera persona las funciones de mediación y conciliación, la asistencia judicial a las víctimas (con el consentimiento de estas), etc., pero podría ser con el apoyo de las entidades del tercer sector. No tendría sentido que el Comisionado trabajara al margen del tercer sector, que, en la experiencia española, ha venido hasta ahora cubriendo con eficacia las carencias y ausencias de las instituciones públicas en este campo.

La proposición también prevé que el Comisionado firme convenios de colaboración con el Defensor o Defensora del Pueblo para coordinar sus actuaciones (art. 41).

regap



ESTUDIOS

Hemos visto incluso (art. 36) que el proyecto de norma permite que las figuras autonómicas equivalentes al Defensor del Pueblo puedan ser, si las leyes autonómicas de creación que pudieran dictarse así lo reconocieran, los organismos para la igualdad. El modelo europeo y el comparado contemplan la posibilidad de que defensorías del pueblo y organismos de igualdad converjan en una sola institución, la del Defensor, con un departamento especializado y con perfil propio (liderazgo, personal, presupuesto, etc.) dentro de ella, o bien que sean dos instituciones diferentes, aunque, eso sí, debidamente coordinadas. El Informe de evaluación de la Recomendación (2021) señala que la mitad de los países europeos siguen un modelo y la otra mitad el alternativo, pero no se pronuncia sobre cuál sea el modelo óptimo⁵⁴.

La cuestión es, por tanto, altamente opinable. Para concluir este análisis, formularé la tesis final: a mi entender, lo mejor para nuestro país sería añadir esta nueva función de lucha contra la discriminación entre las competencias de la Defensoría del Pueblo. En definitiva, el Comisionado no es más que un Defensor especializado en razón de la materia. Recuerdo algunas de las ventajas que señalaba la Recomendación y añado otras. Primera: la Defensoría cumple perfectamente y sin duda alguna el requisito de independencia que exige el derecho comunitario. Lo hace aún más que el Comisionado, dado el nombramiento parlamentario con la mayoría reforzada. De hecho, el quinto informe de seguimiento a España de la ECRI⁵⁵, constata que el Defensor del Pueblo sí es una institución independiente y, por cierto, muy útil en la lucha contra el racismo. No lo dice claramente, pero entre líneas parece leerse que atribuir las funciones del organismo de igualdad a esta institución podría resultar sencillo y factible. Segunda: acumular esta función en la Defensoría es aconsejable porque se trata de la protección de un derecho fundamental (art. 14 CE). Esto permitiría, además, crear sinergias entre los distintos ámbitos a proteger. Tercero: se produciría, en el contexto de restricción de recursos públicos, un importante ahorro de costes en la implantación de la figura (estatal y autonómica). Los aumentos irían dirigidos, tan solo, a contratar al personal que se requiriese, pero no a edificios e infraestructuras. Cuarto: la Defensoría tiene implantación estatal, pero sus equivalentes autonómicos aún más, de modo que se aseguraría una mayor presencia en todo el territorio, así como la eventual utilización de otras lenguas diferentes del castellano. Quinto: un problema grave de los organismos para la igualdad es que sus potenciales usuarios no los conocen ni son accesibles para ellos. Pues bien, sin duda, la figura de la Defensoría podría alcanzar mayor visibilidad ciudadana que la del Comisionado.

La única duda jurídica de calado es la de si la asunción de este modelo requeriría o no de una reforma previa del artículo 54 de la Constitución, que es el precepto que se dedica al Defensor y que lo configura como una institución que solo puede conocer quejas de actuaciones procedentes de los poderes públicos y no de los particulares, siendo evidente que el organismo de igualdad debe poder conocer posibles lesiones

⁵⁴ En mi opinión, Francia, que inicialmente creó un organismo especializado y más tarde lo ha integrado, con especificidad, dentro de la institución del *Défenseur des Droits* como *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité*, es un modelo especialmente interesante.

⁵⁵ ECRI, *Informe de la ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, de 28 de febrero de 2018, p. 19.

discriminatorias cuya fuente no sea pública, sino privada. Es evidente que habría que modificar a fondo la arquitectura institucional del Defensor del Pueblo, incluyendo en su seno con especificidad el organismo para la igualdad y reforzando sus competencias y potestades en este ámbito, lo que, por otra parte, no le vendría nada mal a la figura porque tengo la sensación de que su configuración constitucional ya era en el año 1978 cuando se creó excesivamente desdentada. Mi opinión es, por tanto, que se debería convertir al Defensor del Pueblo en el organismo de igualdad que nos exige la legislación europea. Allí donde existan defensorías autonómicas, estas podrían asumir, previo convenio con la estatal, las funciones del organismo para la igualdad en los ámbitos autonómico y local (en cuanto a las administraciones) y a las posibles lesiones de la igualdad entre particulares en el territorio de la Comunidad respectiva, reservando a la defensoría estatal la defensa de la igualdad frente a la Administración estatal y la institucional. Este sería, a mi juicio, el modelo de transposición más sostenible y potente de la normativa europea en este campo.

No ignoro que, en realidad, cualquier modelo potente y no flácido (como el vigente y como, me temo, el que se planea en este tiempo para nuestro país) de organismo para la igualdad tiene que elegir, como manifiesta la experiencia comparada, entre un tipo de organismo de acompañamiento real de las víctimas, incluso en sede judicial e incluso, a veces, con legitimación procesal propia (y ahí la figura del Defensor del Pueblo, previamente modificada, sería la óptima), y un modelo de organismo con capacidad sancionadora, de corte “cuasi-judicial” (en cuyo caso el patrón de la Agencia de Protección de Datos sería el ejemplo a seguir). Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes, pero comparten un elemento fundamental común: son dos maneras de tomarse en serio el derecho comunitario y, por encima de todo, el derecho fundamental a no sufrir discriminaciones del artículo 14 CE. Por eso, cualquiera de las dos serían bienvenidas porque supondrían un avance cualitativo respecto de la situación actual.

Bibliografía

- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación de la Comisión 2018/951*, de 22 de junio de 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *Informe que evalúa la aplicación de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018*, de 19 de marzo de 2021.
- CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, ECRI / Comisión Europea, Bruselas, agosto de 2018.
- ECRI, *Recomendación n. 2 de política general de la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)*, de 13 de junio de 1997.
- ECRI, *Informe de la ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, de 28 de febrero de 2018.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Aportaciones de la alianza por la ley de igualdad de trato a la proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, FSG, Madrid, marzo 2021.

Regap



ESTUDIOS

HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC- existence, independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, (Unidad G 2), Bruselas, marzo de 2006.

REY MARTÍNEZ, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Álvarez Vélez, M.^a I. y Carlos Vidal Prado, C. (coords.), *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

REY MARTÍNEZ, F., *Derecho Antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: El marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, *Oñati Socio-legal series*, n. 11(3), 2021. DOI 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1183 (19 de abril de 2021).



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 343-379
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4765>
© Lourdes de la Torre Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 17/05/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os concellos e as infraestruturas da sociedade da información

Los municipios y las infraestructuras de la sociedad de la información¹

61 Regap

Municipalities and infrastructures of information society

Regap



ESTUDIOS

LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén

<https://orcid.org/0000-0001-5295-0807>

lоторre@ujaen.es

Resumo: A eliminación de barreiras e a globalización tiveron incidencia, tamén, no ámbito local. Boa mostra diso é a crecente instalación de infraestruturas que permitan un desenvolvemento axeitado de servizos propios da denominada sociedade da información. Na actualidade xurdiron algunhas cuestións controvertidas respecto das ordenanzas reguladoras desta materia, que impoñen limitacións á citada instalación, como a exigencia de autorizacións ou licenzas previas, aínda sabendo que os operadores gozan do dereito de ocupación legalmente recoñecido ou mesmo tendo estes presentado un plan de despregamento. Malia que a lexislación sectorial e a xurisprudencia dos distintos tribunais contribuíron á

¹ Este traballo se realiza en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía" (DER2016-74843-C3-3-R), del que soy investigadora principal. Este proyecto se integra en el proyecto coordinado: "Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea" (DER2016-74843-C3-1-R), del que la investigadora principal es Eloísa Carbonell Porras. A su vez, ambos están integrados en el Grupo de Investigación PAIDI SEJ-630: "Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico" (APCI).

súa delimitación e aplicación, recentemente xurdiron novos conflitos, pois tales restricións poden impedir o desenvolvemento desta actividade económica.

Palabras clave: Concellos, sociedade da información, autorización ou licenza previa, plan de despregamento de infraestruturas, unidade de mercado, razón imperiosa de interese xeral.

Resumen: La eliminación de barreras y la globalización han tenido incidencia, también, en el ámbito local. Buena muestra de ello es la creciente instalación de infraestructuras que permitan un desarrollo adecuado de servicios propios de la denominada sociedad de la información. En la actualidad han surgido algunas cuestiones controvertidas respecto de las ordenanzas reguladoras de esta materia, que imponen limitaciones a la citada instalación, como la exigencia de autorizaciones o licencias previas, aun sabiendo que los operadores gozan del derecho de ocupación legalmente reconocido o incluso habiendo estos presentado un plan de despliegue. Si bien la legislación sectorial y la jurisprudencia de los distintos tribunales han contribuido a su delimitación y aplicación, recientemente se plantean nuevos conflictos, pues tales restricciones pueden impedir el desarrollo de esta actividad económica.

Palabras clave: Municipios, sociedad de la información, autorización o licencia previa, plan de despliegue de infraestructuras, unidad de mercado, razón imperiosa de interés general.

Abstract: The elimination of barriers and the globalization have had an impact at the local level too. A good example is the installation of infrastructures for an adequate development of the services that the so-called information society entails. At present, some controversial issues have arisen regarding the regulatory ordinances on this matter, which impose limitations on the aforementioned facility, such as the requirement of prior authorizations or licenses, even knowing that the operators enjoy the legally recognized right of occupation or even having presented a deployment plan. Although the sectoral legislation and the jurisprudence of the different Courts have contributed to its delimitation and application, new conflicts have recently arisen as such restrictions may impede the exercise of this economic activity.

Key words: Municipalities, information society, prior authorization or license, infrastructure deployment plan, market unity, overriding reason relating to the public interest.

SUMARIO: 1 Planteamiento inicial. 2 La intervención de los municipios en la instalación de infraestructuras para la sociedad de la información. 2.1 Justificación en la normativa aplicable. 2.2 El papel de los municipios en su regulación: doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. 3 La no exigencia de licencias previas a la instalación de redes como principio general y la recuperación de la unidad de mercado. 3.1 El sometimiento de las comunicaciones electrónicas como actividad económica a la LGUM y la eliminación de autorizaciones previas como regla general. 3.2 ¿Cuándo pueden sustituir los municipios la exigencia de autorizaciones previas por declaraciones responsables a los operadores? 3.3 ¿Se entiende aprobado por silencio administrativo un plan de despliegue si transcurre el plazo máximo de resolución? 3.4 Varapalo judicial a las ordenanzas de infraestructuras de comunicaciones electrónicas con la brida de la LGUM. 3.5 Últimos informes de la CNMC sobre exigencia de licencia previa por ayuntamientos al despliegue de redes. 4 Reflexión última.

1 Planteamiento inicial

La sociedad de la información ha desencadenado una revolución del mundo en el que vivimos y ha ido evolucionando a la par de las innovaciones tecnológicas. Hoy en día, en un entorno globalizado², por tanto, no resulta nada descabellada la combinación

² JIMÉNEZ-BLANCO sostiene que «la tecnología (la “digitalización”, con su arsenal de palabras nuevas: *bitcoin*, *blockchain*, *smart cities*...) se ha aliado con la globalización para dar lugar a un mundo que (ahora sí) no es más que un pañuelo y en el que las cosas interactúan, pero en el que, en revancha, han vuelto a aparecer, espoleados por los movimientos migratorios, toda suerte de nacionalismos, aldeanismos y tribalismos que han alcanzado incluso a los países anglosajones, los *modernos*, el Reino Unido y USA, que hasta ahora parecían mostrarse adalides del cosmopolitismo y estar situados a resguardo de este

municipios y comunicaciones electrónicas³, pues viene siendo habitual que estas administraciones hayan regulado y aprobado ordenanzas reguladoras de instalación de infraestructuras en esta materia⁴ o, incluso, que presten determinados servicios de telecomunicaciones, ya sea por sí mismos o a través de diferentes operadores⁵, como por ejemplo el servicio wifi⁶ en las bibliotecas, en los museos, en plazas y, en definitiva, en los denominados centros de vida pública local, incluidos los espacios al aire libre accesibles al público en general, así como las zonas rurales y los lugares remotos. En los últimos años el impulso europeo para conseguir el despliegue de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ha sido creciente con el objetivo de crear un mercado único digital en el marco configurado por la Agenda Digital 2020 para llevar la banda ancha básica a todos los europeos y garantizar un acceso a velocidades más altas de Internet⁷. En este contexto, tampoco podemos perder de vista la aprobación del Código europeo de las comunicaciones electrónicas en 2018⁸, no

tipo de virus». (JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho: Estudios (2014-2019)*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Allen and Overy, 2019, p. 16).

³ Muestra de ello es el trabajo que se publicó en 2006, hace ya 15 años, al que nos remitimos: DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las telecomunicaciones*, Prólogo Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

⁴ Un estudio de estas ordenanzas se contiene en DOMÈNEC SIBINA, T., "Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación", *Cuadernos de Derecho Local*, n. 0, 2002, pp. 146-169.

⁵ Sobre la posibilidad de que la Administración pública se erija en operador de telecomunicaciones y sobre la necesidad de comunicarlo previamente e inscribirse en el Registro de Operadores, nos remitimos a DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., "La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por organismos públicos: ¿nuevos operadores?", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 108, septiembre-diciembre 2020, pp. 19-72.

⁶ Una monografía, la cual fue pionera en esta materia, que aborda las cuestiones jurídicas que surgen en torno a las redes inalámbricas municipales: FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005. Un estudio posterior lo encontramos en DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., "Municipios y servicios Wi-Fi. Fomento europeo para la conectividad a internet en el ámbito local", Carbonell Porras, E. y Piperata, G., (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019, pp. 345-381.

⁷ Téngase en cuenta el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas aprobado mediante el Reglamento (UE) n. 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

⁸ Aprobado por la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código europeo de las comunicaciones electrónicas (DOUE L321/36 de 17 de diciembre de 2018). El plazo de transposición al ordenamiento jurídico interno del Código europeo de las comunicaciones electrónicas finalizó el día 21 de diciembre de 2020 y la transposición se llevará a cabo a través de la aprobación de una nueva LGTT, que derogará la actualmente vigente Ley 9/2014 y que está culminando su tramitación. De hecho, la Comisión Europea ha incoado procedimientos de infracción contra 24 Estados miembros, entre los que se encuentra España, por no haber transpuesto estas normas. Este código refunde las cuatro directivas que estaban hasta ese momento vigentes en materia de comunicaciones electrónicas: Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) (DOUE L108/7 de 24 de abril de 2002); Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DOUE L108/21 de 24 de abril de 2002); Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DOUE L108/33 de 24 de abril de 2002); y Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DOUE L108/51 de 24 de abril de 2002). Las citadas directivas ya habían sido objeto de una revisión en 2009 por las directivas 2009/136/CE y 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009. Con el código, se procede a la adopción de un nuevo acto jurídico que integra tanto modificaciones de fondo a las directivas anteriormente en vigor como las disposiciones de dichos actos normativos que permanecen inalteradas. El código consolida, por consiguiente, en un único texto las principales normas que resultarán de aplicación a nivel europeo a los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, sin perjuicio en todo caso de las materias específicas que se encuentran reguladas por la vía de reglamentos (directamente aplicables). El código se ha visto complementado con la adopción del Reglamento (UE) 2018/1971, de 11 de diciembre de 2018, por el que se establecen el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Agencia de apoyo al ORECE (Oficina del ORECE).

Regap



ESTUDIOS

transpuesto aún al ordenamiento español⁹, aunque se ha aprobado un anteproyecto de Ley general de telecomunicaciones¹⁰.

En consecuencia, la sociedad de la información también ha alcanzado al ámbito local, como no podía ser de otra manera, y su realización efectiva sigue generando algunas inquietudes, como la posibilidad de que los municipios, generalmente mediante sus ordenanzas reguladoras, exijan a los operadores de telecomunicaciones excesivas autorizaciones, o licencias previas a la instalación de infraestructuras, que pudieran en la práctica suponer un freno al despliegue de redes y servicios de comunicaciones electrónicas¹¹. Con carácter previo, es imprescindible recordar los argumentos que justifican la atribución de competencias a los municipios en materia de comunicaciones electrónicas. Para ello, es necesario acudir tanto a la regulación de régimen local, a la legislación de telecomunicaciones –como instrumentos para determinar el régimen jurídico aplicable a la instalación de las infraestructuras de telecomunicaciones en el ámbito local– como a la importante doctrina jurisprudencial del TS recaída hasta nuestros días¹².

⁹ Esta afirmación no es del todo correcta, pues el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, recoge, en el título IV, que consta de un único artículo noveno, una modificación puntual y concreta del artículo 64.2 LGTT vigente, con el fin de modificar la duración de los títulos habilitantes del uso del dominio público radioeléctrico con limitación de número. Como explica el preámbulo de la norma, el artículo 49.2 del Código europeo de las comunicaciones electrónicas adopta como medida regulatoria dirigida a aumentar la previsibilidad de las inversiones para contribuir a un despliegue más rápido de las redes y a mejores servicios, a garantizar la estabilidad para apoyar el comercio y el alquiler del espectro radioeléctrico, así como a permitir la recuperación de las inversiones realizadas, una ampliación de los plazos mínimos de duración de los derechos individuales de uso del espectro radioeléctrico con condiciones armonizadas. Y el artículo 50 de dicho código permite adicionalmente la renovación de los títulos habilitantes del uso del dominio público radioeléctrico. Las medidas que introduce el código para incentivar la realización por los operadores de inversiones en redes de comunicaciones electrónicas de alta capacidad afectan al despliegue de redes fijas y móviles, que requieren el uso del dominio público radioeléctrico. Y, entre estas medidas regulatorias, y en lo que se refiere de manera particular al uso del dominio público radioeléctrico, destaca la ampliación de la duración de las concesiones demaniales: permite que los derechos de uso del dominio público radioeléctrico puedan llegar a tener una duración ilimitada y, en el caso de que se fije una duración limitada, esta debe garantizar un período mínimo inicial de 20 años, siendo posible su prórroga. Como explica la propia norma, la “razón principal para incluir esta medida tan concreta y particular en el presente real decreto-ley y no esperar a la culminación y aprobación de la nueva Ley general de telecomunicaciones que transponga en su integridad el citado código, radica en que se va a convocar muy en breve una nueva licitación de concesiones demaniales para el uso del dominio público radioeléctrico en la banda de frecuencias de 700 MHz (provenientes del segundo dividendo digital)”.

¹⁰ Se ha aprobado un anteproyecto de Ley general de telecomunicaciones que ha pasado el trámite de información pública y ha sido objeto de informe por la CNMC el 4 de diciembre de 2020. La CNMC, en su informe al citado anteproyecto, en global valora de manera positiva su contenido y considera que incorpora de forma adecuada al derecho español el código y otras normas dictadas a nivel europeo. Se erige en un único texto integrado con el fin de facilitar la aplicación de la normativa sectorial de telecomunicaciones a nivel nacional. Acuerdo de la CNMC por el que se emite informe relativo al anteproyecto de Ley general de telecomunicaciones IPN/CNMC/034/20.

¹¹ Una evidencia de que, en ocasiones, derecho y realidad llevan caminos paralelos. DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy*, Prólogo de José Esteve Pardo, Iustel, Madrid, 2020, p. 24.

¹² Algunos trabajos que han analizado la jurisprudencia en esta materia: MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, julio-septiembre 2002, pp. 405-431; GARCÍA GARRO, M.A., “La intervención local sobre las infraestructuras de telefonía móvil según nuestra jurisprudencia”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n. 114, 2012, pp. 36-40.

2 La intervención de los municipios en la instalación de infraestructuras para la sociedad de la información

2.1 Justificación en la normativa aplicable

Ahora nos cuestionamos la justificación con la que cuentan los municipios, con carácter general, como Administración que goza de autonomía local constitucionalmente garantizada (artículo 137 Constitución española, en adelante CE), para intervenir en la instalación de las infraestructuras necesarias en materia de telecomunicaciones. Para ello, es preciso partir del análisis de la CE y de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), y continuar con el estudio de las previsiones contempladas en la legislación sectorial de telecomunicaciones, más aún cuando sabemos que el artículo 149.1.21 CE atribuye en exclusiva al Estado las competencias sobre “telecomunicaciones”. Por su parte, el artículo 149.1.27 CE le asigna competencia en relación con las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las comunidades autónomas. El primero de los títulos supone una competencia exclusiva del Estado en la ordenación del régimen general de telecomunicaciones, mientras que el segundo permite articular el régimen de radiodifusión de acuerdo con un sistema de competencias compartidas entre el Estado y las comunidades autónomas¹³. Existe una doctrina jurisprudencial relevante del TC sobre la delimitación constitucional de competencias entre Estado y comunidades autónomas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, pues ha sido una de las cuestiones sobre las que más se ha pronunciado¹⁴.

Hacemos hincapié sobre la declaración básica contenida en el artículo 149.1.21 CE, que atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de telecomunicaciones. De este modo, constitucionalmente la posibilidad normativa de los municipios se asienta sobre dos institutos jurídicos, que actúan de forma coordinada y conjunta:

¹³ Dejamos a un lado el apartado 27 relativo a los medios de comunicación en general, al exceder de nuestro objeto de estudio, y nos centramos en el apartado 21. En relación con el marco constitucional de las telecomunicaciones: ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las Telecomunicaciones”, Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 4.ª ed., Ariel Derecho, Madrid, 1996, pp. 515 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 540; CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 211 y ss.; DE LA TORRE LLUCH, C. y BENZO SÁINZ, I., “Telecomunicaciones y medios de comunicación social”, Ballesteros Fernández, A. y Castro Abella, F. (coords.), *Derecho Local Especial*, vol. 2, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Madrid, 1999, pp. 349-383.

¹⁴ Muestra de ello son las sentencias del TC: 168/1993, de 27 de mayo, que desestima los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno de Canarias, la Xunta de Galicia y el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, respectivamente, contra determinados preceptos de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones; 127/1994, de 5 de mayo, en la que el TC desestima los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de Cataluña, el Parlamento Vasco y 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra diversos preceptos de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada. En la doctrina nos remitimos a: MARTI DEL MORAL, A. y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, Madrid, 2003, pp. 537 a 563.

la autonomía local y los intereses locales. Ambos resultan imprescindibles para comprender el sistema que diseña la CE de 1978.

De otro lado, es lógico que los municipios puedan aprobar ordenanzas que afecten a la instalación de infraestructuras para la sociedad de la información, al tener atribuidas competencias específicas en las leyes estatales o autonómicas sobre otras materias que, no siendo las telecomunicaciones, están de manera estrecha relacionadas con ellas, como: urbanismo, protección del medio ambiente, salud pública y seguridad pública y tributación por ocupación del dominio público (artículos 2.1¹⁵, 4.1 y 25.2 LBRL)¹⁶.

Especial interés reviste en este estudio, como veremos, el artículo 84bis.2 de la LBRL, tras la reforma última operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL)¹⁷, que prevé la necesidad de norma con rango de ley para la exigencia de una autorización y la necesaria proporcionalidad.

Tampoco podemos perder de vista que los operadores de telecomunicaciones, con base en los derechos que les otorga la legislación sectorial de telecomunicaciones, tratan de hacer valer su derecho de ocupación del dominio público local frente a los municipios, titulares del mismo. Por su parte, estos últimos deben velar por el pleno respeto de los intereses comunes y generales que el municipio representa y administra, y que, a su vez, vienen a limitar o condicionar los derechos de los operadores que, en ningún caso son absolutos.

El siguiente paso será acudir a la legislación sectorial aplicable en aras de lograr una correcta interpretación del conjunto normativo que integra nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, la operación de articular la legislación general de telecomunicaciones y la de régimen local en relación con la ocupación del dominio público local no ha resultado sencilla desde el principio¹⁸. Los problemas que surgen en este punto presentan elementos comunes a la intervención administrativa general en la

¹⁵ En idéntico modo se manifiesta la Carta Europea de la Autonomía Local, aprobada el 15 de octubre de 1985, cuando establece el derecho de las entidades locales a “ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad” (artículo 4.2). También contempla que las actuaciones de las entidades locales serán libres en la determinación de sus necesidades y su consecución, salvo que estas materias “hayan sido excluidas de su competencia o atribuidas a otra autoridad”, pero no por la simple voluntad del legislador, sino siempre que esta, por su amplitud, naturaleza o por las necesidades de eficacia o economía, no pueda ser ejercida por la entidad local (artículo 4.3).

¹⁶ De los artículos 2.1 y 25.1 LBRL se deriva un reconocimiento de la competencia universal de los municipios a sus intereses. Se trata de una cláusula general que consagra el principio de capacidad general del ayuntamiento (correctamente diferenciado de sus competencias concretas). SANTAMARÍA PASTOR explica el significado de la tesis de la “competencia universal del Municipio”, según el cual «este es una persona jurídica que, por su carácter natural, posee una capacidad omnicompreensiva, no susceptible de ser limitada o circunscrita a tareas concretas; el Municipio está habilitado para hacer todo, para llevar a cabo cualquier actividad, siempre y cuando –claro está– esta tienda a satisfacer los intereses propios y específicos de la respectiva comunidad local» (SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 1144 y 1146).

¹⁷ Sobre la reforma de régimen local, la bibliografía es inabarcable. Por su interés resaltamos el libro colectivo que estudia su impacto en España e Italia: CARBONELL PORRAS, E. y PIPERATA, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles 2019.

¹⁸ Esta relación hoy en día se contempla en la LGTT, pero allá por el año 2000 era más compleja, pues, en términos de GONZÁLEZ GARCÍA, se trataba de dos ordenamientos jurídicos que se ignoraban recíprocamente (GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, Prólogo de Carmen Chinchilla Marín, Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 7, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 31).

economía y uno de ellos es la necesidad de encontrar los títulos concretos para la acción administrativa¹⁹.

Lo que resulta indudable es que las telecomunicaciones constituyen una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.21 CE), lo cual no puede interpretarse en el sentido de que las demás administraciones públicas deban abstenerse de actuar en la citada materia, siempre y cuando ejerciten alguna competencia propia que tenga relación con dicho título competencial. Las competencias con las que cuenta el Estado, sobre la base del precepto citado, afectan a la regulación y ordenación de los servicios de telecomunicaciones. Esta capacidad, con relación al derecho de ocupación del dominio público y la propiedad privada en materia de telecomunicaciones, la ha ejercido el Estado mediante la aprobación de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones (LGTT), como ley sectorial que ordena la materia en su conjunto. En particular, los artículos 29 a 38 recogen los “Derechos de los operadores y despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas”. En especial, los “Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento a su favor de servidumbres y de limitaciones a la propiedad” (artículos 29 a 33) y la “Normativa de las administraciones públicas que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas” (artículos 34 a 36)²⁰. Por su parte, el anteproyecto de LGTT refuerza algunas de las medidas relativas a los derechos de los operadores en el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, que, como afirma la CNMC, han demostrado ser esenciales para promover el despliegue de redes de alta velocidad en España²¹.

La doctrina ha venido denunciando la falta de conexión de la legislación de telecomunicaciones con la urbanística y la de régimen local²². De ahí que, en este ámbito, haya tenido un papel crucial la jurisprudencia del TS recaída a partir del año 2000, que ha sido recogida en la LGTT –primero en la ya derogada de 2003 y ahora en la vigente de 2014– y ha venido a aclarar la incertidumbre que había en cuanto a la regulación de esta materia, y, por ende, su aplicación por los tribunales de justicia²³.

¹⁹ VILLAR PALASÍ mantiene que «el gran problema del derecho administrativo ha consistido desde sus comienzos en el hallazgo de títulos de potestad que legitimen la acción administrativa». Además, «la mayor o menor intensidad de la actitud de la potestad pública en relación con la economía depende no solamente de circunstancias de puro hecho, del desarrollo natural de la actividad económica, sino también de las fórmulas políticas y de la ideología dominante en cada época sobre la finalidad que al Estado incumbe» (VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 15 y 121).

²⁰ Con anterioridad se regulaba en los artículos 26 a 29 de la ya derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones. Y antes en el artículo 47 de la derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones y los artículos 47 y siguientes del Real decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la LGTT en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

²¹ Acuerdo de 4 de diciembre de 2020 de la CNMC por el que se emite informe relativo al anteproyecto de Ley general de telecomunicaciones IPN/CNMC/034/20.

²² Por ejemplo, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, cit., p. 31.

²³ Desde antiguo, la doctrina ha vertido numerosas críticas sobre la regulación de telecomunicaciones en 1998 relativas a la escasa integración entre las legislaciones de telecomunicaciones, la urbanística y la de régimen local, al papel secundario que han ocupado las entidades locales en dichas normas, y a la imperfección técnica que la caracteriza, pues planteaba problemas por el modo en que acometió la transposición del derecho comunitario del que traía causa. GONZÁLEZ GARCÍA,

En la actualidad, podemos afirmar que se dota a nuestro ordenamiento jurídico de un marco normativo completo, regulador de la intervención local en las telecomunicaciones, aun cuando siguen surgiendo dudas en torno a su correcta aplicación e interpretación.

2.2 El papel de los municipios en su regulación: doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo

Como hemos afirmado, con carácter previo a la aprobación de la LGTT de 2003, el panorama relativo a las posibilidades de intervención de los municipios en las telecomunicaciones, y su potestad normativa en la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones, tanto si se atendía a la legislación sectorial de telecomunicaciones de 1998 como a la jurisprudencia de los diversos tribunales superiores de justicia en la materia, resultaba, cuando menos, incierto y poco claro. Por ello, adquiere un papel destacado la jurisprudencia del TS. En particular, las sentencias de 24 de enero de 2000, de 18 de junio de 2001²⁴ y de 15 de diciembre de 2003²⁵, que revisten especial interés, al menos, al ser los primeros pronunciamientos del TS en casación ordinaria sobre la legalidad de determinadas ordenanzas locales que afectan a la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones; en definitiva, sobre la potestad normativa de los municipios en telecomunicaciones, y porque el TS, con esta jurisprudencia, diseña y vaticina una doctrina en la materia que será la que después acoja el legislador en la LGTT de 2003, primero, y en la de 2014, después. Más recientes, resaltamos las

J.V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, cit., p. 35. De igual modo, lo hizo patente el propio TS, en la Sentencia de 2 de febrero de 2000, cuando declaró la prevalencia del denominado Reglamento de Servicio Universal de 1998 (Real decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley general de telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones) sobre la LGTT de 1998, pues se adaptaba mejor a las disposiciones comunitarias de las cuales ambas normas traían causa. Sentencia del TS de 2 de febrero de 2000, por la que se resuelve el recurso planteado por Telefónica, S.A., contra el RSU de 1998. Un estudio crítico en la doctrina de esta sentencia puede consultarse en ESCOBAR ROCA, G., "El nuevo Derecho de las telecomunicaciones ante el Tribunal Supremo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, octubre-diciembre 2000, pp. 588 y ss. A pesar de lo anterior, lo cierto es que, a nuestro juicio, la LGTT de 1998 contenía ya las relaciones precisas de los distintos ámbitos normativos aquí implicados y contemplaba a los municipios en su justa medida. En particular, recogía diversas menciones a la legislación urbanística y al régimen local (artículos 44.3 y 45), si bien no lo hacía de forma clara.

²⁴ Sentencia de 24 de enero de 2000 (Sala Tercera, Sección Cuarta, casación n. 114/1994, ponente: Fernández Montalvo), en la que el TS procede a enjuiciar una ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de marzo de 1991 sobre calas y canalizaciones, y Sentencia de 18 de junio de 2001 (Sala Tercera, Sección Cuarta, casación n. 8603/1994, ponente: Xiol Ríos), en la que el TS enjuicia la impugnación por Telefónica de España, S.A., de la ordenanza de instalación de antenas que aprobó el Ayuntamiento de Barcelona el 28 de septiembre de 1990. En ambos supuestos, el TS confirma las sentencias de instancia: Sentencia del TSJ de Canarias de 9 de diciembre de 1993, recurso n. 44/1992, y Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 1994, respectivamente. En la doctrina, un comentario pormenorizado de estas dos sentencias del TS puede verse en: MARTI DEL MORAL, A., "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones", cit., pp. 405-431.

²⁵ Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2003 (Sala Tercera, Sección Cuarta, casación n. 3127/2001, ponente: Fernández Montalvo), en la que Telefónica Servicios Móviles, S.A., recurre la Sentencia de 14 de julio de 2000, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, en el recurso n. 2916/97, en el que se impugnaba una ordenanza municipal sobre instalación de antenas, aprobada por el Ayuntamiento el 26 de septiembre de 1997. En esta ocasión, el TS viene a ratificar y confirmar la jurisprudencia sentada con las dos sentencias previas (de 24 de enero de 2000 y de 18 de junio de 2001), pero no aporta declaraciones nuevas. El TS se limita a reproducir y hacer remisiones expresas a los pronunciamientos que la preceden.

sentencias del TS de 11 de febrero de 2019²⁶, de 25 de junio de 2019²⁷ y de 15 de octubre de 2019²⁸. Como veremos, los reiterados conflictos suscitados en relación con este tipo de ordenanzas municipales, desde una perspectiva material, han girado en torno a determinados ámbitos competenciales, imputándoseles a estas haber invadido competencias sanitarias o de telecomunicación propias del Estado.

En consecuencia, existe ya una línea jurisprudencial que soluciona algunas de las controversias surgidas y marca la actuación de las administraciones implicadas. El TS mantiene que se trata de una “doctrina fuertemente consolidada y arraigada” (STS de 11 de febrero de 2019, FJ 4), que reconoce la existencia de títulos competenciales de distinta naturaleza –sectoriales y transversales– que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio –suelo, subsuelo y vuelo–, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades²⁹. Por su trascendencia, sintetizamos esta doctrina jurisprudencial sentada por el TS a la hora de enjuiciar diferentes ordenanzas reguladoras de estas instalaciones en los siguientes diez apartados:

– Primero. La competencia exclusiva del Estado, en materia de telecomunicaciones, se refiere a los aspectos técnicos.

El Estado cuenta con competencia exclusiva sobre el régimen general de las telecomunicaciones (artículo 149.1.21 CE), que se ciñe a los aspectos propiamente técnicos (tales como configuración y diseño técnico y despliegue de la red) y, por tanto, no supone la regulación íntegra y global del fenómeno. Lo contrario supondría una expansión estatal ilegítima de otras competencias autonómicas o locales. Por tanto, tampoco cabe que los ayuntamientos extiendan su regulación a cuestiones técnicas, bajo el pretexto de regular temas urbanísticos, protección del patrimonio histórico-cultural, medio ambiente o salubridad pública. Así lo ha reconocido también el TC (SSTC 168/1993, 244/1993, 31/2010 y 8/2012), que analiza el problema de la concurrencia competencial entre la competencia sectorial estatal en telecomunicaciones y la autonómica en otros títulos transversales, aunque también sean exclusivos, desde

²⁶ Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019 (Sección Quinta, casación n. 155/2019, ponente: Octavio Juan Herrero Pina), en la que Telefónica Móviles España, S.A., recurre la Sentencia de 7 de septiembre de 2015, aclarada por auto de 10 de noviembre de 2015, dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Málaga) en el recurso n. 767/2012, estimada en parte, en la que se impugna la ordenanza municipal de las condiciones de instalación de equipos de radiocomunicación de 31 de agosto de 2012, aprobada por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria.

²⁷ Sentencia del TS de 25 de junio de 2019 (Sección Tercera, casación n. 2571/2016, ponente: Eduardo Espín Templado), en la que Vodafone España, S.A., recurre la Sentencia del TSJ de Valencia de 25 de mayo de 2016, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 44/2013 contra la modificación de la ordenanza sobre antenas de telefonía, radio y televisión del Ayuntamiento de Paterna realizada por acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2012.

²⁸ Sentencia del TS de 15 de octubre de 2019 (Sección Quinta, casación n. 109/2017, ponente: Fernández Montalvo), en la que Vodafone España, S.A.U., recurre la Sentencia 757/2016, de 4 de abril de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Sala de Málaga), en recurso contencioso-administrativo 800/2012, sobre aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga) de la ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación (BOP de 31 de agosto de 2012). Vodafone esgrime varios motivos de impugnación y solicita la nulidad de la ordenanza al haber sido aprobada incumpliendo el procedimiento legalmente establecido, pues se aprobó sin recabar el informe preceptivo y vinculante sectorial de telecomunicaciones exigido por el artículo 26 de la LGTT. Finalmente, el TS estima el recurso, anula la sentencia previa y la citada ordenanza.

²⁹ El TS se refiere a la línea jurisprudencial surgida a partir de las SSTs de 22 de marzo de 2011, 12 de abril de 2011 y 14 de julio de 2011 sobre la concurrencia competencial en materia de las telecomunicaciones.

el punto de vista de la extensión y el alcance de cada una de las regulaciones que convergen en un mismo ámbito físico (Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 4).

– Segundo. Dicha competencia estatal supone un ámbito infranqueable que no puede ser desvirtuado por los municipios.

La competencia exclusiva estatal en el sector de las telecomunicaciones determina un ámbito propio infranqueable de regulación (y ejecución) sobre el ámbito físico, aun cuando puedan condicionarse otros títulos competenciales, incluso también exclusivos de otras administraciones. Esta competencia exclusiva estatal no puede quedar soslayada o desvirtuada por el ejercicio que realicen las corporaciones locales, previa habilitación legal, pues existe un interés general subyacente en la prestación del servicio de telefonía móvil que ha de preservar el Estado (Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 4).

– Tercero. Esta competencia estatal no anula ni excluye la de los municipios.

La competencia del Estado en materia de telecomunicaciones no anula ni excluye la de los municipios, ya que, en cualquier caso, estos tienen la gestión de sus respectivos intereses derivados del reconocimiento legal de los mismos, y dentro de la habilitación estatal y autonómica que se les otorgue, según se deriva del artículo 137 CE y de los artículos 4.1.a) y 25.2 LBRL: los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Tales intereses se plasman en títulos competenciales transversales, como la ordenación del territorio y urbanismo, o protección del medio ambiente, y cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil³⁰.

– Cuarto. Los municipios pueden aprobar ordenanzas en el ámbito de telecomunicaciones a efectos de la instalación y ubicación de las infraestructuras.

No cabe duda alguna de la capacidad de los municipios de aprobar ordenanzas en el sector de las telecomunicaciones, en el ejercicio de sus competencias y en el marco que la legislación estatal y autonómica han prefijado, a los efectos de la instalación y ubicación de infraestructuras y equipos de telefonía móvil (Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 4).

– Quinto. Estas ordenanzas pueden incluir restricciones o condiciones.

Los ayuntamientos, en sus ordenanzas, pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones, aunque los operadores de telecomunicaciones tienen reconocido el derecho de ocupación de la propiedad privada y del dominio público *ex lege*, en los artículos 29 y ss. LGTT. Estas exigencias impuestas por los municipios, en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes al mismo, y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones. De hecho, el enjuiciamiento de las ordenanzas en esta materia ha de hacerse en cada caso a la luz de principios como el de proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho del operador y sobre el interés público que se intenta preservar.

³⁰ Sentencias del TS de 11 de febrero de 2019 (FJ 4) y de 25 de junio de 2019 (FJ 3).

– Sexto. Estas ordenanzas no pueden incluir normas adicionales de protección de la salud pública, pues ya están fijadas a nivel estatal.

Los municipios no cuentan con margen de regulación mediante ordenanzas para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública, al amparo del artículo 25.2 h) LBRL, más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica con relación a los límites de emisión radioeléctrica y en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras.

El TS ha afirmado que el Estado ya ha regulado, de forma completa y agotada, las medidas de protección sanitaria frente a los niveles tolerables de exposición y estas emisiones mediante el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, y la Orden de desarrollo CTE/23/2002, de 11 de enero. En dichas normas el Estado fija los límites de exposición a las zonas en las que puedan permanecer habitualmente personas, con carácter básico, según se desprende del artículo 149.1 16 CE y de los artículos 18, 19, 41 y 40 de la Ley general de sanidad. El Estado establece dichos límites con vocación de uniformidad y generalidad para todo el territorio nacional y materializa el principio de precaución recogido en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea 1999/519 EC, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos. En consecuencia, a juicio del TS, estos límites no pueden ser superados por una pretendida competencia de los municipios para la mayor protección sanitaria, pues el sistema de protección contemplado en la normativa estatal ya contiene los mecanismos precisos (Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 4).

En relación con la protección de la salud y la posible incidencia en ella de las antenas de telefonía y radiotelevisión, encontramos numerosas sentencias respecto de ordenanzas municipales sobre antenas de telefonía, radio y televisión³¹. En ellas el TS recuerda que el Estado, por medio del Real decreto 1066/2001, en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones, está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico y para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones. El TS estima que la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general, de un lado, porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual y, de otro, porque estos operan como presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, en concreto, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. A la vez, tales niveles de emisión fijados por el Estado funcionan como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación y de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real

³¹ Un estudio sobre el impacto visual y las antenas puede consultarse en: MOLINA GIMÉNEZ, A., *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico: Análisis de los impactos visuales y radioeléctricos en las comunicaciones móviles*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2002.

decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones. El ejercicio por el Estado de sus competencias en este ámbito (la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas) representa para los ayuntamientos un límite al ejercicio de las competencias que a ellos podrían corresponder en virtud de los artículos 25.2 h) y 28 LRBRL.

En consecuencia, según el TS, ni el principio de autonomía local que garantiza el artículo 140 CE ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL, entre otros campos en el de la sanidad, se puede invocar cuando el Estado, en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el RD 1066/2001, que agota las medidas que se puedan tomar basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación local adoptada con base en el mismo título habilitante.

El TS admite que nos encontramos ante una competencia configurada como estatal y en su ejercicio el Estado ha procurado este régimen de intervención mínima. Por tanto, una intromisión de los ayuntamientos en este sentido atacaría frontalmente el principio de intervención mínima que viene auspiciado por la Administración estatal competente. Únicamente resultará legítimo a los ayuntamientos incorporar estos elementos de control si esta intervención encuentra justificación suficiente en la necesaria salvaguarda o compatibilización de una competencia propia, pero no en aquellos casos en que los elementos carezcan de conexión en la defensa de un interés propio o resulten desproporcionados al fin perseguido³².

– Séptimo. Posibilidad de que dichas ordenanzas fijen restricciones respecto de la ubicación geográfica de las antenas.

La posibilidad de que las ordenanzas locales establezcan restricciones desde el punto de vista de la localización geográfica a la instalación de antenas en el término municipal ha sido examinada por la jurisprudencia del TS³³.

El TS recuerda que el riesgo que puede ocasionar a la salud la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas es un tema que ha producido una gran preocupación a la sociedad. En ese contexto se aprobó el Real decreto 1066/2001, que establece unos límites máximos de emisión y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, fijados en la Recomendación del Consejo de Europa de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos. El TS advierte que el hecho de que este riesgo, generado por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, no pueda ser considerado cerrado desde un punto de vista científico

³² La Sentencia del TS de 25 de junio de 2019 (FJ 3) remite a la de 11 de febrero de 2013 (rec. 4490/2007) y la STC 8/2012, de 18 de enero.

³³ Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 5.

ha llevado a los ayuntamientos a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real decreto 1066/2001, bien estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles (colegios, hospitales, parques y jardines públicos) fijando unas áreas de seguridad en las que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas, con una finalidad preventiva.

La cuestión que surge es qué sucede cuando tal prohibición, por su intensidad, impide el derecho de los operadores del sector a prestar el servicio en el término municipal. Para resolverlo, el TS remite a su doctrina anterior en esta materia³⁴ y matiza que la ley prohíbe articular una restricción absoluta del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones en el municipio³⁵.

– Octavo: Posibilidad de que estas ordenanzas exijan la presentación previa de un plan de implantación de infraestructuras.

El TS reitera la doctrina de la sala al respecto³⁶ y recuerda que, con el fin de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo sobre el medio ambiente, con frecuencia, numerosas ordenanzas locales exigen a los operadores la presentación ante el ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya aprobación por el municipio es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento. Para el TS, la exigencia de este plan técnico previo se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses locales citados. Por ello, el TS no estima desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e incluso apruebe el ayuntamiento.

En definitiva, se trata de una exigencia relativa a la implantación del servicio, que se justifica por la finalidad de garantizar la protección de los intereses locales y, por ello, también resulta exigible, por las mismas razones y con el mismo objeto, la comunicación de la modificación del plan al ayuntamiento. Y a la inversa, la alteración o modificación de las circunstancias urbanísticas justifican el requerimiento por el ayuntamiento a la operadora para la presentación de un plan actualizado, es

³⁴ Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 5, que se remite a su doctrina previa: Sentencia de 18 de junio de 2001, rec. 8603/1994, de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007, de 14 de septiembre de 2010, rec. 5475/2005 y de 4 de mayo de 2010, rec. 4801/2006.

³⁵ De forma que, a juicio del TS, "la interdicción de establecer restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público o privado de los operadores a que alude el artículo 29.5 no debe ser interpretada en el sentido de que deba garantizarse, siquiera alternativamente, el derecho de los operadores a la ocupación de cada franja o porción, bien del dominio público, bien del dominio privado (...). En tal caso, las competencias municipales que se proyectan sobre el campo de las telecomunicaciones, en especial la urbanística, sanitaria y medioambiental, se verían claramente cercenadas, impidiéndole *de facto* establecer prohibiciones al establecimiento de instalaciones sobre zonas determinadas. Hemos de entender, por el contrario, que la prohibición de establecer restricciones absolutas se refiere, bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo solo en condiciones de gravosidad desproporcionada en relación con los beneficios que la restricción pueda revertir a los intereses municipales" (Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 5).

³⁶ Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 5, se remite a su doctrina previa: Sentencia de 22 de febrero de 2011 (rec. 4212/2008), Sentencia de 4 de mayo (recurso de casación 4801/2006) y de 5 de octubre de 2010 (rec. 5973/2006).

decir, adecuado a la situación real de la ordenación municipal (Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 5).

– Noveno. Posibilidad de que las ordenanzas exijan la obtención de licencias previas a la ocupación o, incluso, la necesidad de acreditar la conformidad previa a la ocupación del titular del terreno.

Otra cuestión controvertida es la viabilidad de que en estas ordenanzas se establezca la sujeción a licencia de las instalaciones del servicio de telecomunicación, la cual ha sido confirmada por la jurisprudencia, como veremos separadamente, por su interés y complejidad, en el siguiente epígrafe³⁷.

De otro lado, algunas ordenanzas municipales han previsto, para obtener la licencia municipal, la necesidad de acreditar la conformidad del titular del terreno o finca sobre la que se ubicará la instalación. Al respecto, el TS ha afirmado que la legislación general de telecomunicaciones, en el artículo 31 LGTT, recoge las condiciones en que los operadores titulares de redes públicas de telecomunicaciones pueden exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada, cuando ello resulte necesario para la instalación de la red, contemplando para ello dos instrumentos jurídicamente hábiles para la ocupación: la expropiación forzosa y la declaración de servidumbre forzosa de paso de la infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones. Por tanto, a la luz de estas previsiones, el TS entiende que exigir a los operadores contar con la conformidad del titular del terreno supone contradecir el carácter imperativo con que se impone la ocupación a este, de conformidad con la legislación estatal, sin perjuicio del adecuado resarcimiento mediante la expropiación forzosa. Algo similar sucede con algunas cláusulas de estas ordenanzas locales que contemplan la obtención previa de un acuerdo de la comunidad de propietarios o de un contrato con el propietario del inmueble. En definitiva, el TS estima que tales cláusulas suponen la introducción de obstáculos al derecho de los operadores a la ocupación del dominio privado con vistas a la prestación del servicio (Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 5)³⁸.

– Décimo. Necesidad de recabar el informe previo y vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

La LGTT, ahora en el artículo 35 LGTT –anterior artículo 26.2 LGTT de 2003–, recoge una serie de mecanismos de colaboración entre el Ministerio de Industria,

³⁷ Sentencia del TS de 11 de febrero de 2019, FJ 5, se remite a la Sentencia de 18 de enero de 2011 (rec. 11220/2004), que se refiere a la posibilidad de que los ayuntamientos puedan someter la instalación de elementos destinados a servir a las telecomunicaciones en su término municipal a la exigencia de licencia de actividad, con remisión a las sentencias de 4 de mayo de 2010 (rec. 4801/2006) y 17 de noviembre de 2010 (rec. 2345/2005).

³⁸ El TS, con motivo del análisis de las licencias de funcionamiento o de utilización, en algunas de las ordenanzas reguladoras en materia de telecomunicaciones, ha diferenciado entre la potestad normativa del municipio en materia de telecomunicaciones y sus potestades de policía, que le permite ejercer un control sobre la actividad, para preservar a los ciudadanos cuando las instalaciones o su funcionamiento fueran peligrosos o amenazaran serlo para la seguridad o la salubridad públicas, aunque se encuentre regulada en el ámbito estatal o autonómico. El control e inspección de las instalaciones amparadas en dichas licencias tendrá por objeto verificar si se siguen manteniendo las condiciones bajo las cuales aquellas licencias fueron otorgadas. En definitiva, se trata de un control municipal de la utilización de la instalación conforme a la licencia de obras concedida, cuya competencia tiene atribuida el municipio conforme a lo previsto en el Reglamento de disciplina urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo. El TS en la Sentencia de 11 de febrero de 2019, FJ 5, se remite a la doctrina previa: la Sentencia de 18 de noviembre de 2011 (rec. 11220/2004), la de 10 de enero de 2007 (rec. 4051/2004) y la de 3 de abril de 2007 (rec. 5193/2004).

Energía y Turismo y las administraciones públicas para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas. Así, los órganos encargados de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán recabar un informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. El informe es de carácter preceptivo y vinculante y será previo a la aprobación del instrumento de planificación de que se trate y versará sobre la adecuación de dichos instrumentos de planificación con la normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran. El TS admite que el trámite de informe citado es exigible, al margen de constituir un instrumento adecuado para la obligada coordinación competencial.

El TS es concedor de los conflictos competenciales surgidos como consecuencia del ejercicio de las competencias urbanísticas y medioambientales, de una parte, y de las de sanidad y telecomunicaciones, de otra; así como de la dificultad existente para el establecimiento de límites claros³⁹. Por ello, a juicio del tribunal, ni la Administración general del Estado puede imponer, sin más, las redes de comunicación sin tomar en consideración las características urbanísticas y medioambientales, al margen de las sanitarias, de cada municipio, ni estos están legitimados para establecer limitaciones, al amparo de competencias autorizatorias, urbanísticas o medioambientales, a las redes estatales de comunicación. Y ello porque tanto unas como otras competencias van encaminadas a la protección de los intereses generales.

En este contexto, la exigencia del informe del ministerio competente, a juicio del TS, se presenta como un instrumento eficaz y necesario para la coordinación de las administraciones implicadas. El TS rechaza una interpretación, semántica y literal, del contenido y alcance del concepto “instrumentos de planeamiento y de ordenación territorial”⁴⁰.

Una vez que conocemos los títulos que habilitan a los municipios a intervenir en la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas, pasamos a analizar si pueden introducir limitaciones o restricciones a los operadores exigiendo, en las ordenanzas reguladoras, la obtención de una autorización o licencia previa.

³⁹ A ello ha contribuido la jurisprudencia: STS de 29 de enero de 2013, recurso n. 4490/2007 y STC 8/2012, de 18 de enero.

⁴⁰ La Sentencia de 15 de octubre de 2019 (FJ 6) remite a las SSTs de 9 y 22 de marzo de 2011, recursos 3037/2008 y 1845/2006, respectivamente, y sostiene que los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes elaborados en ese trámite por el órgano estatal competente y atendiendo a la finalidad y contenido de la norma para proceder a la interpretación del concepto instrumentos de planeamiento, y tomando en consideración el denominado “realismo jurídico”. El TS admitió que lo importante, a estos efectos, no es la denominación formal del instrumento jurídico, sino su naturaleza, finalidad y contenido real (Sentencia del TS de 27 de mayo de 2008, recurso de casación n. 5748/2005), lo determinante para requerir la emisión de ese informe será que, a través de la iniciativa autonómica o municipal concernida con independencia de su caracterización o presentación formal, se pretenda introducir una ordenación jurídica con repercusión sobre la ordenación territorial y urbanística, que como tal incida directamente en la esfera de intereses que justamente quiere proteger y salvaguardar la atribución competencial a favor del Estado en materia de telecomunicaciones.

3 La no exigencia de licencias previas a la instalación de redes como principio general y la recuperación de la unidad de mercado

3.1 El sometimiento de las comunicaciones electrónicas como actividad económica a la LGUM y la eliminación de autorizaciones previas como regla general

Tras la aprobación de la Directiva servicios, Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴¹, y sus leyes de transposición en nuestro ordenamiento jurídico, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), no hay duda de que las telecomunicaciones, como actividad económica, se incluyen en el ámbito de la citada ley⁴². En particular, la propia LGUM recoge una definición de “actividades económicas” como cualquier actividad de carácter empresarial que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios (anexo, apartado b) y establece que será de aplicación al acceso de actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional (artículo 2 LGUM). Por tanto, la prestación de servicios de telecomunicaciones y el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas constituyen actividades económicas y como tales se incluyen en el ámbito de aplicación de la LGUM⁴³.

⁴¹ Sobre la Directiva servicios y su transposición a nuestro ordenamiento jurídico, se ha escrito mucho. En relación con las autorizaciones previas y las comunicaciones previas y declaraciones responsables, puede consultarse GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 11, octubre 2010, pp. 255-293.

⁴² Sobre la LGUM se pueden consultar numerosos trabajos, entre otros: MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 11 y ss.; REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 23 y ss.; TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, 2014, pp. 163 y ss.; CASARES MARCOS, A.B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 831-919; PADRÓS I REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, pp. 113 y ss.; RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura Pública*, n. 86, 2014, pp. 42-43; SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015, pp. 142 y ss.; REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015, pp. 91-146; y CASARES MARCOS, A.B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, López Ramón, F. (coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, Madrid, 2016, pp. 523 y ss.

⁴³ PENSADO SEIJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 36, mayo 2016, pp. 34-36.

En esta materia resaltamos los artículos 5 y 17 LGUM, que consagran los principios de necesidad y de proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, y su instrumentación, como garantía al libre establecimiento y circulación. Se trata de dos preceptos esenciales, pues suponen la limitación más general a todos los poderes públicos infraestatales. Así, en cuanto a la posibilidad de imponer límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o la exigencia de requisitos para el desarrollo de una actividad, el artículo 5 LGUM consagra que las autoridades competentes, en el ejercicio de sus respectivas competencias, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009. Además, cualquier límite o requisito que se fije “deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”. Por tanto, solo se admitirán límites a la libertad de empresa por determinadas razones imperiosas de interés general que están tasadas⁴⁴, y son las que se enumeran en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009⁴⁵.

Así pues, la LGUM toma su base en el derecho europeo, pero lo transforma: podemos afirmar que el artículo 5.1 LGUM va más lejos de la simple preservación de la unidad de mercado, pues impone límites a cualquier restricción a las libertades económicas, y lo que pretende es reforzar la libertad de empresa o la libre iniciativa económica, de forma que restringe cualquier posibilidad del legislador de limitar su ejercicio⁴⁶.

De otro lado, en cuanto al sometimiento a autorización, el artículo 17 LGUM admite su exigencia “siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen”. Además, cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional, las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la ley. La LGUM entiende que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización en los siguientes supuestos: 1. Con

⁴⁴ Se trata de proteger unos cuantos intereses elegidos por el mismo legislador estatal y cualquier otro interés general queda proscrito como posible justificación de límites a las libertades económicas, como posible finalidad de las restricciones a esas libertades, y ello con independencia de que supongan o no trabas para la libre circulación o unidad de mercado. Así pues, aunque la lista de las razones imperiosas de interés general es amplia, también es cierto que es mucho lo que queda fuera de ella. REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, cit., pp. 23 y ss.

⁴⁵ Esta ley afirma que es “Razón imperiosa de interés general: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural” (artículo 3.11 Ley 17/2009).

⁴⁶ A juicio de REBOLLO PUIG, lo que la LGUM presenta como principio de necesidad no es a lo que se ha llamado así de manera tradicional. De forma que, según el autor, la necesidad de que antes se hablaba era una parte del principio de proporcionalidad y solo significaba que la medida adoptada, aunque fuera restrictiva de alguna libertad o de la unidad de mercado, debía ser la menos restrictiva de las adecuadas para conseguir la finalidad perseguida. Por tanto, la necesidad comportaba que, partiendo de cualquier finalidad lícita, se eligiera la menos restrictiva. Con el principio de necesidad ahora con la LGUM se ha introducido una idea nueva y distinta: una limitación a las finalidades que puede perseguir incluso el legislador para limitar la libertad económica. REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, cit., pp. 23-33. También puede consultarse, entre otros: FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 124.

relación a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no se puedan salvaguardar con la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa; 2. Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando puedan generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación; 3. Cuando el número de operadores económicos del mercado sea limitado debido a: la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas; 4. Cuando la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales así lo contemple, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución. Además, las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización.

La LGUM somete a condiciones de necesidad el establecimiento de declaraciones responsables y de comunicaciones previas. El artículo 17 prevé que se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, “cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados”. Además, las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, “por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado”⁴⁷. Con carácter general, las autoridades competentes velarán por minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos, de manera que, una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 LGUM, elegirán un único medio de intervención, “bien sea la presentación de una comunicación, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización”.

En definitiva, la LGUM supone una restricción importante para los municipios a la hora de aprobar normas en este sentido. Muestra de ello son las sentencias de la AN de 26 de junio de 2018⁴⁸ y de 2 de noviembre de 2018⁴⁹ en las que se estiman

⁴⁷ Parece que lo que pretende el legislador es poder contar con los datos imprescindibles para poder ejercer el control *ex post* (PERNAS GARCÍA, J.J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 461 y ss.).

⁴⁸ Recurso contencioso-administrativo n. 204/2015 tramitado como procedimiento de la LGUM contra los artículos X.1.3 apartado O; X.1.5. 2-A apartado I), del título X de las ordenanzas del Ayuntamiento de Hernani publicadas en el BOP 228 de fecha 28 de noviembre de 2014.

⁴⁹ Recurso contencioso-administrativo n. 206/15 tramitado como procedimiento de la LGUM contra determinados preceptos (artículos 10.5 y 6, 12.3 y 38.7) de la ordenanza de paisaje urbano de Santa Cruz de Tenerife de 6 de junio de 2014.

recursos contencioso-administrativos contra ordenanzas⁵⁰ que preveían la exigencia de autorizaciones previas a la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas. El hecho, por lo tanto, de que algunas ordenanzas locales sometan las instalaciones de infraestructuras de la sociedad de la información a un régimen de autorización previa ha venido siendo polémico⁵¹. También han suscitado discusión las ordenanzas reguladoras de instalaciones radioeléctricas que fijan límites a los niveles de emisión radioeléctrica⁵².

3.2 ¿Cuándo pueden sustituir los municipios la exigencia de autorizaciones previas por declaraciones responsables a los operadores?

La LGTT persigue, como uno de sus principales objetivos, el de “recuperar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones”. Para ello, la ley establece procedimientos de coordinación y resolución de conflictos entre la legislación sectorial estatal y la legislación de las administraciones competentes, dictada en el ejercicio de sus competencias, que pueda afectar al despliegue de redes y a la prestación de servicios. Con el mismo fin, se pretende “una simplificación administrativa, eliminando licencias y autorizaciones, por parte de la administración de las telecomunicaciones, para determinadas categorías de instalaciones que hacen uso del espectro. En la misma línea, se prevé una revisión de las licencias o autorizaciones por parte de las administraciones competentes, eliminando su exigibilidad para determinadas

Regap



ESTUDIOS

⁵⁰ En el mismo sentido se pronuncia la AN en la Sentencia de 8 de junio de 2019, recurso contencioso-administrativo n. 278/2016 tramitado como procedimiento de la LGUM. Se trata de otra sentencia de gran interés de la AN, en la que aquí no nos detenemos porque no impugna una ordenanza local, sino que su objeto es la revisión de un PGOU. En ella, la AN estima el recurso contra la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Andalucía de 20 de abril de 2016, por la que se desestima la reclamación del artículo 26 LGUM de la Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información, Telecomunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC) y determinados preceptos del Plan General de Ordenación Urbana de Jaén, en la versión revisada publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* (BOJA) número 37, de 24 de febrero de 2016, mediante Orden de 3 de febrero de 2016 de la Consejería andaluza de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Finalmente, la AN anula la citada resolución y los preceptos impugnados del PGOU por no ser conformes a derecho.

⁵¹ Esta cuestión ha sido controvertida y así lo ha manifestado la doctrina, entre otros: LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 31, mayo-agosto de 2002, pp. 107 a 145; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008, pp. 177-232; PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, septiembre-diciembre de 2009, pp. 217-218; RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, mayo 2010, pp. 127-128; PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, n. 14, 2010, pp. 635-663; CHOLBI CACHÁ, F. y MERINO MOLLINS, V., “Comentario crítico sobre la Directiva de servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 7, 2010, pp. 1035-1065.

⁵² Un estudio detallado de los informes de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante SECUM) ante reclamaciones realizadas por asociaciones de empresarios de telecomunicaciones frente a ordenanzas reguladoras de instalaciones de infraestructuras de telecomunicaciones: 1) ordenanzas locales que someten las instalaciones de comunicaciones electrónicas a un régimen de autorización previa (es el caso de la ordenanza de Santa Cruz de Tenerife y de Hernani); 2) ordenanza reguladora de instalaciones radioeléctricas que fija límites a los niveles de emisión radioeléctrica (se refiere a la ordenanza de Vitoria-Gasteiz) puede consultarse en DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, octubre-diciembre 2016, pp. 190-223.

instalaciones en propiedad privada o para la renovación tecnológica de las redes, y se facilita el despliegue de las nuevas redes permitiendo el acceso a las infraestructuras de otros sectores económicos susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas” (preámbulo de la LGTT).

Todos estos criterios de liberalización del sector, libre competencia, de recuperación de la unidad de mercado y de reducción de cargas procuran aportar seguridad jurídica a los operadores y crear las condiciones necesarias para la existencia de una competencia efectiva.

Podemos afirmar que, en consecuencia, la LGTT de 2014 parte de la no exigencia de licencias, autorizaciones previas de instalación, funcionamiento, de actividad o de carácter medioambiental u otras licencias o aprobaciones de carácter similar a las instalaciones de infraestructuras de telecomunicaciones. Estas licencias han sido sustituidas por declaraciones responsables, como se deriva de la legislación sectorial aplicable, en particular del artículo 34.6 y 7 LGTT y de la LGUM (disposición final 9.ª LGTT).

Como ya sabemos, los operadores de telecomunicaciones tienen reconocido el derecho de ocupación de la propiedad privada (artículo 29 LGTT) y del dominio público (artículo 30 LGTT). En este sentido, la propia LGTT advierte de que la normativa dictada por cualquier Administración pública que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas debe reconocer los citados derechos de los operadores (artículo 31.1 LGTT) y ha de cumplir, al menos, los requisitos contenidos en el artículo 31.2 LGTT. Además, la LGTT recoge una serie de criterios que han de regir la normativa de las administraciones públicas que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas en los artículos 34 a 36 LGTT, como legislación básica estatal, y la colaboración entre administraciones públicas en dicho despliegue.

Nos detenemos en el artículo 34.6 LGTT, que adquiere especial relevancia en nuestro trabajo, pues se refiere de forma directa a la exigencia o no de licencias previas a la instalación de estas infraestructuras y distingue cuando la ocupación del operador sea de dominio público o privado.

Primero, el precepto dispone que para la instalación de estaciones o infraestructuras radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, a las que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, no se podrá exigir la obtención previa de licencia de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas, en los términos indicados en la citada ley.

Después, respecto de la ocupación del dominio privado, el artículo 34.6 LGTT prevé que, para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estaciones radioeléctricas en dominio privado por las administraciones públicas competentes, no se podrá exigir la obtención de licencia o autorización previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de carácter medioambiental, ni otras licencias o aprobaciones de clase similar o análogas que sujeten a previa

autorización dicha instalación, en el caso de que el operador haya presentado a la Administración pública competente para el otorgamiento de la licencia o autorización un plan de despliegue o instalación de red de comunicaciones electrónicas, en el que se contemplen dichas infraestructuras o estaciones, y siempre que el citado plan haya sido aprobado por dicha Administración. Con tal fin, la LGTT establece que, en el citado plan de despliegue o instalación, el operador: deberá prever los supuestos en los que se van a efectuar despliegues aéreos o por fachadas, de cables y equipos; se sujetará al contenido y deberá respetar las condiciones técnicas exigidas mediante Real decreto acordado en Consejo de Ministros. En cualquier caso, el artículo 34.6 LGTT sustituye las licencias o autorizaciones previas que no puedan ser exigidas, de acuerdo con lo que acabamos de exponer, por declaraciones responsables, según se prevé en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, LPAC, y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, LRJSP. Estas declaraciones responsables contendrán una manifestación explícita del cumplimiento de los requisitos que resulten exigibles según la normativa vigente.

De otro lado, la LGTT establece que la presentación de la declaración responsable, con el efecto de habilitación a partir de ese momento para ejecutar la instalación, no prejuzga la situación y el acomodo efectivo de las condiciones de la infraestructura o estación radioeléctrica a la normativa aplicable, ni limitará el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción y, en general, de control que a la Administración en cualquier orden –estatal, autonómico o local– le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso.

Por su parte, la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable, o la no presentación de la declaración responsable, determina la imposibilidad de explotar la instalación e incluso, en su caso, la obligación de retirarla cuando se tenga constancia de tales hechos, y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

También, el artículo 34.6 LGTT contempla que mediante reglamento se establecerán los elementos de la declaración responsable que tendrán ese carácter esencial.

En caso de que la infraestructura ya esté ubicada en dominio público o privado y se proceda a su innovación tecnológica o adaptación técnica, la LGTT dispone que se aplica el principio de no exigencia de licencia previa, siempre que tales actuaciones supongan la incorporación de nuevo equipamiento o la realización de emisiones radioeléctricas en nuevas bandas de frecuencias o con otras tecnologías, sin variar los elementos de obra civil y mástil. El artículo 34.7 LGTT dispone que no se requerirá ningún tipo de concesión, autorización o licencia nueva o modificación de la existente o declaración responsable o comunicación previa a las administraciones públicas competentes por razones de ordenación del territorio, urbanismo o medioambientales.

Por tanto, un análisis completo de la no exigencia de licencias o autorizaciones previas a la instalación de redes o instalaciones de telecomunicaciones requiere

Regap



ESTUDIOS

examinar la LGTT y la LGUM, en la medida en que ambas leyes constituyen el parámetro para valorar las normas reguladoras que afectan a las infraestructuras de comunicaciones electrónicas, que pueden aprobar las administraciones competentes, como los municipios, por distintos títulos competenciales⁵³.

3.3 ¿Se entiende aprobado por silencio administrativo un plan de despliegue si transcurre el plazo máximo de resolución?

No podemos concluir este epígrafe sin señalar que este precepto, el artículo 34.6 LGTT, ha sido objeto de un importante pronunciamiento por parte del TC, que declaró nulo el inciso relativo al silencio administrativo positivo sobre el plan de despliegue o instalación de red pública de comunicaciones electrónicas si han transcurrido “dos meses desde su presentación” y la Administración pública competente no ha dictado resolución expresa. Nos referimos a la Sentencia del TC 20/2016, de 4 de febrero de 2016⁵⁴.

Se trata de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la LGTT (sobre todo a su fundamento jurídico 7). La Generalitat no cuestiona la sustitución de las licencias o autorizaciones previas por declaraciones responsables para el caso de aprobación de los planes de despliegue⁵⁵, que prevé el artículo 34.6 LGTT, sino que considera que estos planes –y sus efectos liberatorios de la obtención de licencias y autorizaciones municipales y/o autonómicas de carácter urbanístico o medioambiental– no tienen cobertura en el artículo 149.1, apartados 1, 13 y 21 del CE, y vulneran las competencias autonómicas sobre urbanismo, ordenación del territorio y medioambiente de los artículos 144, 149.1 y 5 del Estatuto de autonomía de Cataluña, pues su aprobación no se sujeta al cumplimiento de la normativa e instrumentos de ordenación territorial, urbanística y medioambiental, sino a la observancia de las condiciones técnicas que establezca una norma estatal.

El TC afirma que los planes de despliegue o instalación, con efectos liberatorios de la obtención de licencias y autorizaciones, constituyen un mecanismo tendente a facilitar el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de forma unitaria en el territorio nacional, por lo que el tribunal estima que su regulación en el artículo 34.6 LGTT tiene cobertura en los títulos competenciales del artículo 149.1.13 y 21 CE invocados por el Estado⁵⁶. Por ello, el TC aplica la doctrina previa del tribunal al caso

⁵³ MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia de la unidad de mercado en las telecomunicaciones: la no exigencia de licencias previas a la instalación de redes de comunicaciones electrónicas”, Guillén Caramés, J. y Cuervo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Prólogo de José M.ª Marín Quemada, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 470.

⁵⁴ Recurso de inconstitucionalidad n. 709/2015.

⁵⁵ Sobre los planes de implantación de telefonía móvil, puede consultarse GRAJAL BLANCO, M., “La instalación de telecomunicaciones en un Municipio desde el punto de vista del impacto urbanístico”, *Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, n. 11, 2008, pp. 139–140.

⁵⁶ El TC en el FJ 7 se remite a su doctrina previa: en particular, en cuanto al artículo 149.1.13 CE, como ya admitió el TC en la Sentencia 34/2013, FJ 9: “reiteradamente en nuestra doctrina hemos aceptado que, tratándose de un sector de importancia para la economía general (...) el Estado puede, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.13 CE, fijar objetivos de política sectorial (SSTC 80/1985, de 4 de julio, FJ 1; 188/1989, de 16 de noviembre, FJ 5; y STC 96/1990, de 24

concreto y recuerda que, dada la importancia del sector de las telecomunicaciones para la economía general, es conforme con el orden constitucional de competencias la articulación por el Estado de un sistema que, en este sector de las telecomunicaciones, libere a los operadores de la obtención de licencias o autorizaciones necesarias para el despliegue de las redes si es aprobado un plan de despliegue o instalación por las autoridades municipales o autonómicas competentes. A juicio del TC, se trata de contribuir a la consecución de los objetivos generales de la LGTT que declara de forma expresa en su preámbulo: garantizar la unidad de mercado, facilitar la instalación y despliegue de las redes y la prestación de nuevos servicios, incentivar las inversiones y promover la competencia efectiva mediante una medida que es consecuente con los objetivos globales citados y proporcionada a la importancia del sector. Por todo ello, el TC concluye que el Estado puede perseguir esos objetivos de forma legítima, al amparo de sus competencias de ordenación general de la economía del artículo 149.1.13 CE en el sector económico de las telecomunicaciones sobre el que tiene competencia exclusiva según prevé el artículo 149.1.21 CE (Sentencia del TC 20/2016, FJ 7).

Ahora bien, el TC también reconoce que, si para lograr la finalidad pretendida con los planes de despliegue e instalación, se eliminan las licencias o autorizaciones autonómicas en los casos previstos, la norma tiene incidencia sobre las competencias de las comunidades autónomas invocadas por la Generalitat.

Pues bien, el TC estima que el artículo 34.6 LGTT deja a salvo tales competencias cuando contempla que los planes deberán ser aprobados por la Administración competente para el otorgamiento de las licencias o autorizaciones de cuya necesidad dispensa, por lo que no se produce extralimitación competencial. El precepto se refiere a que el operador, al presentar el plan, se sujetará al contenido y condiciones técnicas exigidas mediante real decreto. A juicio del TC, esto es consecuente con la competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.21 CE, pero no obsta para que la aprobación del plan por las administraciones competentes deba versar sobre las materias de su competencia; por tanto, sobre la adecuación a las normas urbanísticas, de ordenación territorial y, en su caso, medioambientales (Sentencia del TC 20/2016, FJ 7)⁵⁷.

Para el TC, los planes de despliegue o instalación se configuran en el artículo 34.6 LGTT con la finalidad que les reconoció en la Sentencia 8/2012 al examinar los

de mayo, FJ 3). Por referirnos a los supuestos más recientes, el tribunal ha admitido en la STC 26/2012, de 1 de marzo, FJ 5, que el Estado imponga un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de actividades en el sector servicios (disponiendo al efecto que deben eliminarse todos aquellos regímenes de autorización que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general); en la STC 135/2012, de 19 de junio, FJ 4, que el Estado haya optado por un sistema económico integrado en el sector del transporte y distribución de gas (fijando, para que ese objetivo se logre de un modo eficaz, una serie de criterios uniformes que vinculan la autorización de instalaciones); en las SSTC 170/2012, de 4 de octubre, FJ 10: y 233/2012, de 13 de diciembre, FFJJ 2 y 4, que el Estado señale el objetivo de favorecer una mayor competencia dentro del sector de la distribución minorista de productos petrolíferos, estableciendo en orden a su materialización (a) la incorporación de estaciones de servicio en los establecimientos comerciales de nueva apertura como medio de aumentar el número de oferentes; (b) la previsión de silencio positivo respecto de las licencias municipales necesarias para su construcción y puesta en funcionamiento en los centros que estuvieren operativos a la entrada en vigor de la norma" (STC 20/2016, de 4 de febrero de 2016, FJ 7).

⁵⁷ De hecho, como recuerda el TC, así lo afirma el preámbulo de la LGTT: "en la presente Ley se establece que para el resto de actuaciones de despliegue de redes en dominio privado se puedan sustituir igualmente las licencias por una declaración responsable en aquellos casos en los que previamente el operador haya presentado ante las administraciones competentes un plan de despliegue y este haya sido aprobado, por cuanto que, en estos casos, la Administración competente ya ha analizado y ponderado los intereses inherentes al ejercicio de sus propias competencias" (apartado IV). Sentencia del TC 20/2016, FJ 7.

planes territoriales de despliegue de red en suelo rústico regulados en la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, sobre ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en dicha comunidad. En este caso, el TC afirmó que estos planes están dirigidos a “proporcionar la información necesaria para que la comunidad autónoma afectada pueda realizar un control previo de la conformidad de las previsiones de nuevas instalaciones con la normativa sectorial que haya dictado en el ejercicio de sus competencias para la preservación de intereses públicos que le están encomendados de forma exclusiva o compartida con el Estado (ordenación del territorio, urbanismo, medioambiente, sanidad)”. Por tanto, permiten el ejercicio coordinado de las competencias estatales y autonómicas concurrentes en este ámbito en el que “deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias” (Sentencia del TC 20/2016, FJ 7).

En consecuencia, el TC afirma que, si entendemos que el artículo 34.6 LGTT, en cuanto contempla los planes de despliegue o instalación con efectos liberatorios de autorizaciones y licencias autonómicas o municipales, se ampara en el artículo 149.1.13 y 21 CE y no vulnera las competencias autonómicas sobre urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente, ya que dichos planes han de ser aprobados, en ejercicio de esas competencias, por la Administración autonómica o municipal correspondiente, el silencio positivo que recoge el artículo 34.6 LGTT ha de tener apoyo en los mismos títulos competenciales estatales. Por ello, el tribunal entiende que esta previsión, por un lado, es una medida dirigida a dotar de plena virtualidad o eficacia al sistema y a garantizar que la eliminación de las autorizaciones y licencias que se pretende tiene realmente lugar, y, por otro, que no condiciona ilegítimamente las competencias autonómicas, ya que las comunidades autónomas pueden ejercerlas sin limitación alguna dentro del plazo máximo para resolver el procedimiento, por lo que se trata, únicamente, de eliminar la incertidumbre asociada a la falta de respuesta al vencimiento del plazo, dando al silencio el efecto estimatorio de la aprobación de los planes.

Según el TC, los artículos 149.1.13 y 21 CE no amparan la fijación del plazo específico de dos meses que prevé el artículo 34.6 LGTT para la aprobación de los planes y considera que esta previsión “no es necesaria o imprescindible para garantizar la virtualidad del sistema e invade las competencias autonómicas que determinan que la aprobación de los planes sea realizada por estas administraciones y no por el Estado. Distinto sería el establecimiento por el Estado de un plazo máximo de resolución que permitiera a las administraciones competentes margen suficiente de modulación en ejercicio de sus competencias y atendiendo a las circunstancias de cada caso, modulación que, en la redacción actual del precepto y dada la brevedad de plazo previsto, no resulta posible” (FJ 7). Por ello, el TC afirma que el párrafo quinto del artículo 34.6 LGTT es inconstitucional y nulo.

Tras la Sentencia del TC de 4 de febrero de 2016, podemos afirmar que: Primero, el silencio sigue siendo positivo a las solicitudes de aprobación de un plan de despliegue, en la medida en que con dicha aprobación no se transfieran al solicitante facultades relativas al dominio público (artículo 24.1 LPAC); la naturaleza positiva del silencio

que también ha generado polémicas y sobre ella volveremos. Segundo, en ausencia de un plazo específico, se aplicará el plazo de 3 meses establecido con carácter general en la LPAC. Como consecuencia de esta sentencia, los operadores que presenten planes de despliegue y no obtengan resolución expresa de la Administración, tendrán que someterse al plazo general supletorio de 3 meses, en lugar de 2 meses, para que actúe el silencio administrativo.

3.4 Varapalo judicial a las ordenanzas de infraestructuras de comunicaciones electrónicas con la brida de la LGUM

Ahora nos detenemos en el análisis de dos ordenanzas locales que contemplan la exigencia de licencias previas a la implantación de infraestructuras de telecomunicaciones y que son objeto de impugnación mediante dos recursos contencioso-administrativos ante la AN, tramitados como procedimientos de la LGUM.

Nos referimos a las sentencias de la AN de 26 de junio de 2018⁵⁸ y de 2 de noviembre de 2018⁵⁹, que son dos primeros pronunciamientos de este tribunal por los que se estiman los recursos y se anulan determinados preceptos de ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones al ser contrarios a los principios de necesidad y proporcionalidad de la LGUM.

La Sentencia de la AN de 26 de junio de 2018 resuelve y estima un recurso contencioso-administrativo en el que se impugnan determinados preceptos de las ordenanzas del Ayuntamiento de Hernani. Con carácter previo, el 2 de enero de 2015, la CNMC emitió su Informe UM/76/14 y en las conclusiones indica que: la exigencia de autorización o licencia municipal para la implantación en dominio privado de canalizaciones, equipos, cableados o antenas (artículo X.1.3, letra O) del apartado 2) y la exigencia de autorización o licencia municipal previa a la implantación de antenas en dominio privado (artículo X.1-5, apartado 2.i)⁶⁰ eran contrarias al principio de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 y 17 LGUM.

Para la resolución del recurso, la AN parte del análisis de la LGUM y de su propia jurisprudencia previa. En particular, se remite al recurso 50/2015 referido a la aplicación de la LGUM, donde para explicar la razón de ser y los objetivos de la ley trae a colación la propia exposición de motivos de la norma⁶¹ y recuerda que es preciso tener

⁵⁸ Recurso contencioso-administrativo n. 204/2015 contra los artículos X.1.3, apartado O; X.1.5. 2-A apartado I, del título X de las ordenanzas del Ayuntamiento de Hernani de 28 de noviembre de 2014. Ponente: José Guerrero Zaplana.

⁵⁹ Recurso contencioso-administrativo n. 206/15 contra determinados preceptos (artículos 10.5 y 6, 12.3 y 38.7) de la ordenanza de paisaje urbano de Santa Cruz de Tenerife de 6 de junio de 2014. Ponente: Santiago Pablo Soldevila Fragoso.

⁶⁰ El contenido de los preceptos impugnados es el siguiente: el artículo X.1-3.2 prevé que, en todo caso, quedarán sujetas también a la obtención previa de autorización municipal las actuaciones siguientes: O. La ejecución de obras y construcciones y la implantación de canalizaciones, equipos, cableados, antenas, paneles solares, o fotovoltaicos, etc., asociados bien a los servicios urbanos (telecomunicación, gas, electricidad, saneamiento, agua, etc.), bien a las instalaciones de servicio de las edificaciones, con independencia de su emplazamiento respecto del terreno (sobre o bajo rasante), o de los propios edificios (interior, en fachada o sobre cubierta), y siempre que no formen parte de otras actuaciones que deban ser objeto de autorización municipal específica. El artículo X.1.5. 2 dispone que: Grupo 1- Ejecución de obras. A. Son obras mayores las que corresponden a actuaciones de: i) La implantación de antenas y equipos de las redes de infraestructuras (repetidores, casetas de telecomunicaciones, centros de transformación, etc.).

⁶¹ Según esta, la transposición de la Directiva servicios, se realizó en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Por ello, la LGUM, según se manifiesta aquí, pretende es-

en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva servicios, pues el hecho de que expresamente se indique que la LGUM no supone un ejercicio de transposición de normativa europea hace que revista una importancia especial el análisis detallado de la jurisprudencia del TJUE. En consecuencia, la implementación plena de la LGUM dependerá de su grado de identificación con la jurisprudencia del TJUE. También resulta esencial determinar el encaje de la LGUM en el sistema constitucional español y su compatibilidad con el Estado de las autonomías⁶².

A continuación, la AN se detiene en el examen del principal motivo de impugnación de la resolución recurrida, que se refiere a la exigencia de la obtención de autorización administrativa para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas y para la instalación de estaciones radioeléctricas al entender que dicha exigencia es contraria a la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012 en relación con el artículo 3 (relativo a la inexigibilidad de licencia) y al artículo 34.6 en relación con el artículo 34.4 LGTT (FJ 5).

Por último, la AN estima el recurso y anula los preceptos impugnados de la ordenanza al considerar que el propio Ayuntamiento de Hernani ha asumido que los artículos impugnados de la ordenanza son contrarios a la legislación aplicable por su conducta⁶³ y afirma que “es claro que el sometimiento a autorización previa de la instalación de elementos es contrario a las exigencias de la Ley de unidad de mercado y deben dejarse sin efecto” (FJ 6).

En la Sentencia de 2 de noviembre de 2018, la AN estima el recurso contencioso-administrativo que trae causa de la impugnación de la ordenanza de paisaje urbano de Santa Cruz de Tenerife. Tras la aprobación de dicha ordenanza, la Asociación Multisectorial de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información y Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los Contenidos Digitales (Ametic) presentó una reclamación ante la Secretaría del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y de los Mercados SECUM, el 5 de diciembre de 2014, contra lo

tablecer un régimen más favorable en actividades que van más allá del ámbito de la directiva citada y se aplica también a la libre circulación de productos y a determinadas actividades excluidas de la Directiva de servicios, a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre los principios de necesidad, eficacia nacional, proporcionalidad y no discriminación.

⁶² El tribunal recuerda que ya existe un cuerpo de jurisprudencia constitucional consolidado sobre esta materia, al que deberá adaptarse la LGUM; desde la inicial STC 37/1981, el concepto de unidad de mercado tiene carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico y se ha ido perfilando a la luz de dos principios irrenunciables: la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (artículo 149.1.1CE) y el de que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español (artículo 139.2 CE) (FJ 3). La AN, en la Sentencia de 26 de junio de 2018, en su FJ 3 recoge los pronunciamientos más relevantes del TC en la materia. Así, se remite, primero, a la STC 88/1986, en la que el TC afirma que tal unidad “no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las comunidades autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios”, que se reitera en la STC 87/1987 (FJ 6). Segundo, la AN se refiere a la STC 64/1990, en la que reconoce que la unidad de mercado es compatible con el sistema autonómico siempre que las disposiciones de dichos entes resulten proporcionadas a los fines perseguidos y no cree obstáculos innecesarios que vengán a cuestionar los principios fundamentales en los que se asienta el concepto de unidad de mercado (FFJJ 5 y 6). Tercero, la AN se refiere a la reiteración de esta doctrina en las SSTC 210/2012, 34/2013, 96/2013.

⁶³ El ayuntamiento solicitó la suspensión del procedimiento para no instar, después, la reanudación; no contestó a la demanda; y manifestó en su último escrito de alegaciones que se encontraba en trámite una modificación de los preceptos de la ordenanza impugnada.

dispuesto en los artículos 10.5 y 10.6, 12.3 y 38.7 de la ordenanza⁶⁴. Seguidamente, la CNMC remitió al ayuntamiento un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo que fue contestado por el ayuntamiento reconociendo que debía proceder a efectuar determinados cambios en la ordenanza.

A continuación, la CNMC interpuso recurso contencioso-administrativo contra la ordenanza en el que se solicitaba la anulación de los citados preceptos por no ser conformes a derecho por varios motivos: Primero, por la inadecuación de la ordenanza a los principios de la LGTT. Segundo, respecto al régimen de canalizaciones, la LGTT impone las canalizaciones subterráneas permitiendo de forma excepcional los despliegues aéreos o en fachada; de este modo, se prohíben de forma absoluta solo en el supuesto de edificaciones del patrimonio histórico-artístico o que afecten a la seguridad pública; por otra parte, no puede exigirse licencia ni autorización previa para las instalaciones radioeléctricas que ocupen una superficie inferior a 300 metros cuadrados, lo que es aplicable al resto de instalaciones, sustituyéndose la obligación de solicitar licencia por una declaración responsable. Tercero, la exigencia de licencias por la ordenanza impugnada para la instalación de comunicaciones electrónicas es contraria al principio de proporcionalidad y al de necesidad, de acuerdo también con el informe de la SECUM (artículos 5 LGUM y 34.3 LGTT), pues entiende que los preceptos de la ordenanza que imponen limitaciones a la instalación de infraestructuras de comunicaciones son más restrictivos que la normativa sectorial aplicable

Regap



ESTUDIOS

⁶⁴ Por su interés, recogemos lo dispuesto en los preceptos impugnados de la ordenanza local de Santa Cruz de Tenerife. El artículo 10.5 establecía que “en general no se admite la colocación de conductos, aparatos y otros elementos de las instalaciones, individuales o comunitarias, sobre las fachadas de los edificios, como, por ejemplo, instalaciones de aire acondicionado, chimeneas de extracción de humos, etc. No obstante, podrá excepcionarse esta condición, debidamente justificada y siempre en edificaciones existentes, previa presentación de un proyecto de integración global en la composición arquitectónica del edificio que tendrá que ser aceptado por los servicios técnicos municipales mediante la correspondiente licencia. Entre estas excepciones podrá admitirse también la instalación de los elementos mencionados en patios de parcela cerrados, debidamente justificado y realizado de modo que se cumpla con los requerimientos de aislamiento e integración arquitectónica y no se invada en ningún caso la dimensión mínima del patio. En el caso de que el patio de parcela cerrado quede visible desde la vía pública, únicamente se admitirá la instalación de estos elementos integrándolos estéticamente en el conjunto, de modo que se minimice el impacto visual, pudiéndose en estas circunstancias adoptar otras medidas correctoras (...)”. El artículo 10.6 disponía que “las instalaciones o conducciones generales exteriores serán subterráneas, y nunca sobre las fachadas de las edificaciones, salvo que se justificara cabalmente su improcedencia. Las compañías de suministro son responsables del mantenimiento, seguridad y decoro de estas instalaciones, y tienen la obligación de impedir en todo momento las provisionalidades, desórdenes, abandonos, y su visibilidad ostensible. En el caso de que haya sobre las fachadas existentes conductos o instalaciones, como por ejemplo cables de suministro de servicios (telefonía, alumbrado, etc.) que por su situación o falta de mantenimiento o restauración perjudiquen la percepción de la fachada, estos elementos serán eliminados o reconducidos.” El artículo 12.3 contemplaba respecto de la instalación de antenas que: “1. La instalación de todo tipo de antenas y sus elementos auxiliares de conexión al exterior tienen que someterse a esta ordenanza. Se incluyen tanto las antenas de recepción como de emisión de ondas electromagnéticas de radiodifusión, televisión, telecomunicaciones, telemando, etc., en cualquiera de sus formas posibles: de filamento, de pilar o torre, parabólicas, por elementos o cualquier otra que la tecnología actual o futura haga posible. 2. La instalación de antenas en las edificaciones queda expresamente prohibida en las fachadas, a excepción de aquellas instalaciones minimalistas que necesariamente hayan de instalarse en esta situación y que han de quedar plenamente integradas en el diseño de la misma. 3. En las azoteas y cubiertas inclinadas de las edificaciones se tenderá a la racionalización y colectivización del espacio, refundiendo las instalaciones de antenas en el menor número posible. 4. En los proyectos de construcción de edificios de nueva planta y de rehabilitación integral se preverá la instalación de antenas, definiendo su ubicación. Necesariamente tendrán que situarse en las azoteas o cubiertas inclinadas, garantizar la menor percepción posible desde la vía pública y no perjudicar la imagen histórica de los edificios incluidos en el catálogo de Patrimonio Histórico o de los Conjuntos Históricos. Todo ello enmarcado en las condiciones establecidas en esta ordenanza, en el artículo 34, Normas comunes a los Conjuntos Históricos, de la Ley de Patrimonio Histórico de Canarias, en las directrices específicas al respecto de las telecomunicaciones y en el Código de Buenas Prácticas para la instalación de infraestructuras de telefonía móvil de la FEMP”. El artículo 38.7. 7 preveía que “se admite la colocación de una sola antena para la función de TV de radio y de comunicación en la azotea o cubierta de un edificio, que no se fijará en elementos o partes singulares del mismo y será lo menos visible posible desde los espacios públicos inmediatos. Las antenas no pueden incorporar, en ningún caso, leyendas o anagramas visibles de carácter identificador ni publicitario”.

y, por tanto, contrarios a los principios de proporcionalidad y necesidad. La CNMC concluye que la normativa impugnada vulnera el principio de libre iniciativa económica del artículo 16 LGUM, pues tales restricciones impedirían el ejercicio de una actividad económica como el despliegue y la explotación de redes de comunicaciones electrónicas (antecedente de hecho 2).

La AN resalta que, en este supuesto, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife ha aceptado plenamente todas las peticiones formuladas por la CNMC con carácter previo (FJ 2). Finalmente, la AN estima el recurso y declara la nulidad de los preceptos impugnados de la ordenanza local.

3.5 Últimos informes de la CNMC sobre exigencia de licencia previa por ayuntamientos al despliegue de redes

En este apartado nos centramos en el examen de dos casos recientes similares de reclamaciones presentadas por operadores, al amparo del artículo 26 LGUM, en relación con la exigencia de licencia urbanística previa en el despliegue de fibra óptica impuesta por el Municipio de Aldeamayor de San Martín, en el primero, y contra la exigencia impuesta por el Ayuntamiento de Boecillo de una licencia urbanística previa para la instalación de un enlace *backhaul* entre los municipios de Boecillo y Tudela de Duero, en el segundo⁶⁵.

Con carácter general, la CNMC en estos informes concluye que la exigencia de una licencia urbanística previa al despliegue de infraestructuras a un operador, tras haber presentado plan de despliegue, puede vulnerar los principios de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 y 17 LGUM, en relación con el artículo 34.6 LGTT.

La CNMC parte de que la aprobación de los planes de despliegue por silencio administrativo positivo contemplada en el artículo 34.6 LGTT no exonera de la obligación de respetar la normativa urbanística aplicable. Además, la CNMC recuerda que, en el supuesto de ocupación de dominio público para el despliegue de redes, aunque los operadores cuentan con el derecho a la ocupación (artículo 30 LGTT), deben solicitar la correspondiente autorización o licencia a la Administración titular del dominio público de acuerdo con el artículo 84 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, y con el artículo 77 del Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales (RBEL). Dicha autorización o licencia, en cualquier caso, se otorgará o denegará teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM. Para el supuesto de que se deniegue de forma justificada, la Administración deberá ofrecerle otras alternativas viables para

⁶⁵ Nos referimos a dos informes de la CNMC: Informe de la CNMC de 10 de junio de 2020 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 26 de la LGUM, contra las limitaciones al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas en relación con la presentación de planes de despliegue (UM/O22/20); Informe de la CNMC de 17 de marzo de 2021 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 26 de la LGUM, con referencia a la exigencia por parte del Ayuntamiento de Boecillo de una licencia urbanística previa para la instalación de un enlace de *backhaul* necesario para desplegar una red de fibra óptica hasta el hogar (FTTH) entre las poblaciones de Boecillo y Tudela de Duero (Valladolid), tras haber sido aprobado el plan de despliegue de red presentado por el operador (UM/O17/21).

poder llevar a cabo la instalación, de acuerdo con el principio de menor distorsión posible de la actividad económica del artículo 5 LGUM y el derecho a la ocupación del artículo 30 LGTT.

En el primer caso, el operador denuncia la exigencia indebida de licencia urbanística para desplegar el enlace para interconectar las redes de fibra óptica hasta el hogar en el citado municipio, pues se había aprobado un plan de despliegue por silencio administrativo positivo, en aplicación del artículo 34.6 LGTT. Por ello, el operador estima que el requerimiento de licencia en este supuesto sería contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

La CNMC, tras hacer referencia a la normativa urbanística aplicable, realiza un análisis de las limitaciones previstas en la normativa sectorial aplicable en materia de telecomunicaciones, que se centra, primero, en el examen conjunto del artículo 34.6 LGTT y la Sentencia del TC 20/2016, de 4 de febrero de 2016, y, segundo, en la aplicación del citado precepto y de la doctrina fijada por la citada Sentencia del TC por los tribunales superiores de justicia (TSJ). No obstante, este precepto, como ya sabemos, incluía un inciso (“transcurridos dos meses desde su presentación”) que se declaró inconstitucional y nulo por la STC 20/2016, de 4 de febrero de 2016, aunque mantuvo el silencio administrativo positivo del precepto. El TC afirma que “la previsión silencio positivo que el precepto contempla tiene amparo en los mismos títulos competenciales estatales” (FJ 7, STC 20/2016).

La CNMC recuerda que esta doctrina del TC ya la han aplicado algunos TSJ, como muestra la Sentencia del TSJ de Murcia 245/2019, de 16 de abril de 2019 (recurso 246/2018). En este caso, se rechaza la aplicación directa del plazo general de 3 meses del artículo 21.3 LPAC para entender aprobados los planes de despliegue por silencio administrativo positivo si, como consecuencia, se otorgan al solicitante derechos o facultades que resulten contrarios al ordenamiento urbanístico. El TSJ considera que no puede entenderse aprobado el plan técnico de implantación y sus actualizaciones por silencio administrativo positivo y no considera aplicable en este caso el artículo 42.3 de la antigua Ley 30/1992, pues no es que la norma no fije un plazo máximo de resolución, sino que este ha sido declarado inconstitucional. Al efecto, el TSJ recuerda la jurisprudencia reiterada que declara que “no cabe entender obtenidas por silencio administrativo positivo licencias o autorizaciones en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico” (STS de 17 de octubre de 2007)⁶⁶.

En este sentido, la CNMC recuerda que el artículo 25 de la LPAC vigente ha sido redactado de forma similar al antiguo artículo 43 de la Ley 30/1992 y, en consecuencia, los planes de despliegue han de entenderse aprobados por silencio positivo siempre que en ellos no se otorguen facultades sobre el dominio público o afecten al medio ambiente. Ahora bien, su aprobación no exonera de la obtención de las licencias de carácter urbanístico que resulten necesarias, pues la simplificación administrativa del

⁶⁶ Sobre el silencio administrativo y la prohibición de obtener licencias contrarias al ordenamiento urbanístico, la doctrina es abundante. Puede consultarse SANZ RUBIALES, I., “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, n. 171, Madrid, septiembre-diciembre 2006, pp. 181-214.

artículo 34.6 LGTT se refiere a las licencias o autorizaciones previas de instalaciones, las de funcionamiento o de actividad, o aquellas de carácter medioambiental, por lo que el operador, aunque tenga aprobado el plan de despliegue, tendrá que solicitar las licencias urbanísticas o de obras oportunas.

Seguidamente, la CNMC revisa las limitaciones previstas a la luz de la LGUM. En particular, se refiere a los artículos 5, 7 y 17.1 LGUM. El artículo 17.2 LGUM dispone que “se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean justificados”. Por tanto, se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización o licencia previa, entre otros supuestos: “respecto de las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”, y en caso de “utilización del dominio público”, lo cual sí concurre en este supuesto, al discurrir por caminos rústicos el despliegue de red. La CNMC advierte que lo discutido no es la exigencia de licencia, sino el requisito adicional de la autorización excepcional de uso en suelo rústico que, de conformidad con la normativa urbanística autonómica, ha de otorgar la Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo de la Junta de Castilla y León. En este punto, la CNMC hace referencia al artículo 84bis.2 LBRL, tras la reforma operada por la LRSAL. Este precepto prevé que sólo se someterán a un régimen de autorización las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas cuando lo establezca una ley que defina sus requisitos esenciales y dichas instalaciones sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente, el entorno urbano, la seguridad, la salud pública o el patrimonio histórico y que dicho régimen de autorización resulte proporcionado. Por ello, la evaluación de este riesgo se debe determinar en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes: a) la potencia eléctrica o energética de la instalación; b) la capacidad o aforo de la instalación; c) la contaminación acústica; d) la composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración; e) la existencia de materiales inflamables o contaminantes; f) las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.

La CNMC considera que en todos estos artículos se exige la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión a la actividad económica afectada por la restricción impuesta por la Administración. Además, recuerda que la observancia de la normativa sectorial de telecomunicaciones ha sido considerada

como una garantía de la unidad de mercado por el TS⁶⁷ y trae a colación algunos informes anteriores de la CNMC y de la SECUM⁶⁸.

Por último, la CNMC concluye que la actuación administrativa impugnada podría vulnerar los principios de necesidad y proporcionalidad en los términos previstos en los artículos 5 y 17 LGUM, en relación con el artículo 34.6 LGTT, sin perjuicio del deber del Ayuntamiento de resolver de forma expresa la solicitud del reclamante de aprobación de su plan de despliegue y de considerarla aprobada por silencio una vez transcurrido el plazo general de tres meses del artículo 21.3.b) LPAC, salvo que se trate de actividades que transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas

⁶⁷ En particular, se refiere a sus sentencias de 22 de marzo y 14 de julio de 2011 (recursos de casación n.1845/2006 y 31/2007). El Tribunal Supremo afirma que “en el ámbito de las telecomunicaciones, la unidad de mercado es un objetivo jurídico requerido por el tan citado artículo 149.1.21 de la Constitución, porque dicha unidad es también, y antes que eso, un imperativo de política económica, que el jurista no puede desdeñar desde el momento en que a través de esa unidad se trata de impedir la fragmentación del espacio económico nacional y garantizar una economía de escala, esencial en un ámbito como éste en el que la dimensión del mercado se erige como un parámetro fundamental de su desarrollo económico, perspectiva socioeconómica que no puede eludirse en el proceso de interpretación y aplicación de las normas examinadas, que, en cuanto instrumentos al servicio de una política de telecomunicaciones única conformadora de un modelo económico común, deben ser interpretadas no sólo desde una perspectiva jurídico-formal sino también desde un punto de vista finalista, teleológico, que tenga en cuenta el contexto en que se enmarcan y el fin que persiguen. En consecuencia, en el ámbito de la ordenación técnica de las telecomunicaciones no nos situamos ante una tarea a realizar conjuntamente por el Estado y las comunidades autónomas, sino ante el ejercicio de una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.21 de la Constitución, que se enmarca en la exigencia de la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado, y que exige un mínimo normativo como presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas comunidades autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales o disgregadores (véanse sentencias del Tribunal Constitucional 96/1984, de 19 de octubre, fundamento jurídico tercero, y 133/1997, de 16 de julio, fundamento jurídico séptimo)”.

⁶⁸ En el Informe de la SECUM 26/17014 de 16 de febrero de 2017 (Acceso web: https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/26.108TELECOMUNICACIONESDespliegueRedWIFIBeniganim.pdf), la CNMC entiende que el hecho de no aprobar un plan general de despliegue obliga al operador a solicitar autorización para cada una de las infraestructuras e instalaciones contenidas en él, desvirtuando así la preferencia por la declaración responsable como medio de intervención establecida en la norma sectorial. Unas conclusiones similares se alcanzaron en el Informe 26/1636 de 25 de mayo de 2016 (Acceso web: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/26.49TELECOMUNICACIONESAntenasChic lana.pdf>). En este supuesto, la CNMC estima que a la luz del artículo 34.6 LGTT solo podría exigirse una licencia en caso de estar ante instalaciones con impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, en el caso de que se trate de instalaciones de superficie superior a 300 metros cuadrados, o en el caso de instalaciones de nueva construcción que tengan impacto en espacios naturales protegidos. Es más, aun estando en alguno de estos tres supuestos, si la instalación de la red pública se efectuó en dominio privado, a juicio de la Comisión, debe tenerse en cuenta que el operador ha presentado un plan de despliegue o instalación de red ante la Administración. La autoridad competente debería manifestarse de forma expresa ante la solicitud del reclamante, motivando, en su caso, su denegación conforme a los principios establecidos en la LGUM y en la normativa sectorial de aplicación. De igual modo, se manifiesta la CNMC en el Informe UM/024/17 de 19 de febrero de 2017 sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 26 LGUM contra la denegación presunta de la aprobación del plan de despliegue de una red de comunicaciones electrónicas en el municipio de Beniganim. En este caso, a juicio de la CNMC, la actuación administrativa impugnada vulnera los principios de necesidad y proporcionalidad y su instrumentalización en los términos del artículo 17 LGUM en relación con el artículo 34.6 LGTT, sin perjuicio del deber del ayuntamiento de resolver de forma expresa la solicitud del reclamante de aprobación de su plan de despliegue y de considerarla aprobada por silencio positivo una vez transcurrido el plazo general previsto en la normativa de aplicación. En el Informe de la Sala de Supervisión Regulatoria, de fecha 26 de julio de 2018 –Informe sobre el borrador de Anteproyecto de Ley autonómica para la ordenación de instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha (IPN/CNMC/008/18)–, la CNMC recuerda la importancia de las reformas estructurales introducidas en la LGTT para facilitar el despliegue de las redes de alta velocidad y la prestación de servicios a los usuarios finales con una mayor calidad y cobertura. En particular, la Comisión indica que “para cumplir dicho objetivo se prevé que la normativa elaborada por las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias, que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas (...) respete lo dispuesto en la legislación sectorial de telecomunicaciones, resultando aplicable al presente caso lo establecido en el artículo 34.3 de la LGTel, de conformidad con el cual, dicha normativa no podrá establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores, ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas”. Además, el informe añade que en los supuestos en los que las restricciones estuvieran debidamente justificadas, estas deben acompañarse de alternativas que garanticen el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones, recomendándose, a tal efecto, la previsión de soluciones alternativas para la ocupación del dominio público de forma eficiente y viable para los operadores.

al dominio público o al servicio público o que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente (artículo 24.1 LPAC). En cualquier caso, para la CNMC está claro que la aprobación de los planes de despliegue por silencio administrativo positivo, según contempla el 34.6 LGTT, no exonera a los operadores de la obligación de respetar la normativa urbanística aplicable.

En el segundo supuesto, en el Informe de 17 de marzo de 2021 se plantea un caso similar: se trata de una reclamación del artículo 26 LGUM presentada por un operador de comunicaciones electrónicas contra la exigencia impuesta por un ayuntamiento (el de Boecillo) de una licencia urbanística previa para la instalación de un enlace *backhaul* entre dos municipios (Boecillo y Tudela de Duero).

Ante esta situación, el ayuntamiento incoó un procedimiento sancionador por infracción de la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas, con medida cautelar de obligación de retirar los cables enterrados y reponer el camino al estado anterior⁶⁹.

El operador estima que la exigencia de licencia urbanística previa es contraria al artículo 18 LGUM, pues, a su juicio, supone añadir un requisito adicional no incluido en el artículo 34.6 LGTT, una vez aprobado el plan de despliegue, ni en la normativa urbanística autonómica aplicable [artículo 105 bis letras e) y g) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León]. En cuanto a la normativa urbanística local, el PGOU de Boecillo de 22 de febrero de 2002 se remite a la Ley de urbanismo de Castilla y León y recoge un régimen de seis tipos de licencias, pero no contiene una previsión especial sobre despliegue de instalaciones de telecomunicaciones, ni existe una ordenanza municipal que regule específicamente el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas en Boecillo. La normativa urbanística autonómica –sobre todo la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León– contempla que determinadas actuaciones de este tipo están sujetas a declaración responsable (artículo 105bis.1)⁷⁰; por tanto, no están sujetas a licencia⁷¹.

A continuación, la CNMC efectúa un análisis de las limitaciones previstas a la luz de la normativa sectorial aplicable y parte del artículo 34.6 LGTT. La CNMC recuerda que la simplificación administrativa prevista en este precepto se refiere a las licencias o autorizaciones previas de instalaciones, las de funcionamiento o de actividad, o aquellas de carácter medioambiental, por lo que el operador, aun con el plan de

⁶⁹ A juicio del ayuntamiento, tales obras estarían sujetas a varias autorizaciones: para uso común especial de ocupación de dominio público, de uso excepcional de suelo rústico, licencia urbanística de obra y comunicación ambiental.

⁷⁰ En concreto se refiere a las siguientes operaciones: instalación de tendidos eléctricos, telefónicos y similares; ejecución de obras e instalaciones en el subsuelo, cuando no tengan entidad equiparable a las obras de nueva planta o ampliación ni afecten a elementos estructurales.

⁷¹ Así lo justifica la Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de medidas sobre rehabilitación, regeneración y renovación urbana, y sobre sostenibilidad, coordinación y simplificación en materia de urbanismo en su exposición de motivos (apartado VIII): especial mención merece la reforma de la licencia urbanística, el instrumento ordinario de intervención en el uso del suelo. En sintonía con la evolución general de las técnicas de control administrativo en el contexto europeo, la licencia como tal se reserva para los actos de uso del suelo más relevantes, regulándose para los demás el régimen de declaración responsable, lógicamente más sencillo, sin perjuicio de permitir la reacción del Ayuntamiento ante eventuales incumplimientos de la normativa. Asimismo, el artículo 23.2.c) de la Ley de urbanismo de Castilla y León permite la instalación en suelo rústico de infraestructuras, aunque la somete a autorización autonómica previa, que deberá considerar el interés público del proyecto, su conformidad con la naturaleza rústica de los terrenos y su compatibilidad con los valores (naturales) protegidos por la legislación sectorial.

despliegue aprobado, ha de solicitar las licencias urbanísticas o de obras oportunas si estas fueran necesarias según el ordenamiento urbanístico. Además, para la CNMC, al estar ante una ocupación de bienes de dominio público, es preciso tener en cuenta el artículo 3.1 RBEL y el artículo 30 LGTT, pues, aunque exista un reconocimiento legal del derecho de ocupación del dominio público a favor de los operadores, la ocupación concreta del dominio público debe ser autorizada expresamente por la entidad titular del dominio público afectado, como se desprende del artículo 84 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas. Además, el artículo 77 RBEL exige la solicitud de licencia salvo cuando el uso sea privativo, en cuyo caso se aplica el régimen de concesión.

Siguiendo una estructura de análisis idéntica al supuesto anterior, al que nos remitimos, la CNMC estudia este caso desde la perspectiva de la LGUM. Por ello, primero se refiere a los artículos 5, 7, 17 LGUM, 4 LRJSCP y 84bis de la LBRL, en los que se exige la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión a la actividad económica afectada por la restricción impuesta por la Administración, y, después, a la observancia de la normativa sectorial de telecomunicaciones, en la que el Estado tiene competencia exclusiva *ex* artículo 149.1.21 CE, que ha sido considerada por el TS como una garantía de la unidad de mercado: sentencias del TS de 22 de marzo de 2011 y 14 de julio de 2011⁷².

4 Reflexión última

El impulso comunitario, la legislación sectorial de telecomunicaciones y la jurisprudencia, todos ellos, han ido perfilando los contornos de la intervención de los municipios en el desarrollo e instalación de infraestructuras de la llamada sociedad de la información. No obstante, nuestro estudio evidencia que aún siguen surgiendo aspectos conflictivos en tal intervención, como son la exigencia de autorizaciones o licencias previas a la instalación o al establecimiento de dichas infraestructuras, pues confluyen un conjunto de intereses públicos variados –incluso económicos que subyacen–, de administraciones públicas competentes y de derechos diversos, así como los relativos a la delimitación de las facultades y de las potestades que asisten a los municipios en materia de infraestructuras necesarias para la sociedad de la información.

Lo cierto es que encontramos una correcta delimitación de los títulos competenciales de distinta naturaleza –sectoriales y transversales– en telecomunicaciones, en una “doctrina fuertemente consolidada y arraigada” por la jurisprudencia del TS (STS de 11 de febrero de 2019, FJ 4). Según esta doctrina jurisprudencial, ni la Administración del Estado puede imponer, sin más, las redes de comunicación sin tomar en consideración las características urbanísticas y medioambientales, al margen de las sanitarias, de cada municipio, ni estos están legitimados para establecer

⁷² La CNMC trae a colación otros informes previos de la CNMC y la SECUM sobre esta cuestión. Se remite a los informes de la SECUM 26/17014 de 16 de febrero de 2017; 26/1636 de 25 de mayo de 2016; y el Informe UM/024/17 de 19 de febrero de 2017.

limitaciones, amparándose en competencias autorizatorias, urbanísticas o medioambientales, a las redes estatales de comunicación. Y ello porque tanto unas como otras competencias van encaminadas a la protección de los intereses generales.

Por otra parte, en definitiva, está claro que el régimen de autorización o licencia previa en este ámbito, al tratarse de instalaciones o infraestructuras físicas, a la luz del artículo 17.1 letra b) LGUM, debería estar justificado por razones de protección del medio ambiente y del entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, sin que estos intereses sean susceptibles de protección mediante otros medios menos gravosos, como la comunicación previa o la declaración responsable. Estas previsiones se han visto reforzadas con el artículo 84.bis.2 LBRL, que prevé la necesidad de norma con rango de ley para la exigencia de una autorización y la necesaria proporcionalidad.

En este trabajo resaltamos dos ordenanzas locales que contemplan la exigencia de licencias previas a la implantación de infraestructuras de telecomunicaciones y que son objeto de impugnación mediante dos recursos contencioso-administrativos ante la AN, tramitados como procedimientos de la LGUM. Tienen especial interés al ser los dos primeros pronunciamientos de este tribunal por los que se estiman los recursos y se anulan determinados preceptos de ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones por ser contrarios a los principios de necesidad y proporcionalidad de la LGUM.

Por todo ello, una vez más, corresponde a la jurisprudencia ordinaria aclarar la interpretación normativa del artículo 34.6 LGTT en relación con el artículo 17.1 LGUM sobre el régimen de licencias o declaraciones responsables que sean aplicables a estas instalaciones.

Bibliografía

- ALONSO MAS, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- CARBONELL PORRAS, E. y PIPERATA, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019.
- CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 1999.
- CASARES MARCOS, A.B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- CASARES MARCOS, A.B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, López Ramón, F. (coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, Madrid, 2016.

- CHOLBI CACHÁ, F. y MERINO MOLLINS, V., “Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 7, 2010.
- DE LA TORRE LLUCH, C. y BENZO SÁINZ, I., “Telecomunicaciones y medios de comunicación social”, Ballesteros Fernández, A. y Castro Abella, F. (coords.), *Derecho Local Especial*, vol. 2, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1999.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las telecomunicaciones*, Prólogo Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Los principios de proporcionalidad y necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, octubre-diciembre 2016.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ L., “Municipios y servicios WiFi. Fomento europeo para la conectividad a internet en el ámbito local”, Carbonell Porras, E. y Piperata, G. (coords.), *La reforma del gobierno local en España e Italia. La riforma del governo locale in Spagna e Italia*, Editorial Científica, Nápoles, 2019.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy*, Prólogo de José Esteve Pardo, Iustel, Madrid, 2020.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por organismos públicos: ¿nuevos operadores?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 108, septiembre-diciembre 2020.
- DOMÈNEC SIBINA, T., “Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación”, *Cuadernos de derecho local*, n. 0, 2002.
- ESCOBAR ROCA, G., “El nuevo Derecho de las telecomunicaciones ante el Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, octubre-diciembre 2000.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA GARRO, M.A., “La intervención local sobre las infraestructuras de telefonía móvil según nuestra jurisprudencia”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n. 114, 2012.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales*, Prólogo de Carmen Chinchilla Marín, Monografía asociada a Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, n. 7, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

Regap



ESTUDIOS

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, n. 11, octubre 2010.
- GRAJAL BLANCO, M., “La instalación de telecomunicaciones en un Municipio desde el punto de vista del impacto urbanístico”, *Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, n. 11, 2008.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho: Estudios (2014-2019)*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Allen and Overy, 2019.
- LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 31, mayo-agosto de 2002.
- MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, julio-septiembre 2002.
- MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia de la unidad de mercado en las telecomunicaciones: la no exigencia de licencias previas a la instalación de redes de comunicaciones electrónicas”, Guillén Caramés, J. y Cuerdo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Prólogo de José M.^a Marín Quemada, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- MARTI DEL MORAL, A. y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, Madrid, 2003.
- MOLINA GIMÉNEZ, A., *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico: Análisis de los impactos visuales y radioeléctricos en las comunicaciones móviles*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las Telecomunicaciones”, Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 4.^a ed., Ariel Derecho, Madrid, 1996.
- PADRÓS I REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014.
- PENSADO SEIJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 36, mayo 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, n. 14, 2010.

- PERNAS GARCÍA, J.J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, Alonso Mas, M.J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, septiembre-diciembre de 2009.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, mayo 2010.
- REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008.
- RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura pública*, n. 86, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANZ RUBIALES, I., “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, n. 171, Madrid, septiembre-diciembre 2006.
- SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015.
- TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, n. 19, 2014.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 381-407
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4723>
© Francisco Javier Carro Castro
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/03/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

As edificacións tradicionais do
artigo 40 da Lei do solo de Galicia:
concepto, evolución e análise

Las edificaciones tradicionales del artículo 40 de la Ley del suelo de Galicia: concepto, evolución y análisis

61 Regap

Traditional buildings of the article
40 in the Galician urban Law:
concept, evolution and analysis

Regap



ESTUDIOS

FRANCISCO JAVIER CARRO CASTRO
Graduado en Derecho
Graduado en Ingeniería de Edificación
Arquitecto técnico
Subinspector urbanístico

<https://orcid.org/0000-0001-6643-0247>

francisco.javier.carro.castro@xunta.gal

Resumo: A regulación das edificacións tradicionais na lexislación urbanística de Galicia é un feito consolidado no tempo, logo da súa contemplación na anterior LOUGA e na actual Lei do solo de Galicia. Así e todo, esta continuidade é máis aparente que real, xa que os cambios introducidos con esta última norma son significativos.

Este traballo constitúe unha análise e unha reflexión sobre os conceptos que integran a norma e os efectos que provocan os cambios introducidos nos últimos anos, que marcan un cambio de tendencia.

Palabras clave: Edificacións tradicionais, Lei 19/1975, do 2 de maio, patrimonio; características, recuperación, grao de conservación, rehabilitación, reconstrución, ampliación, modificacións.

Resumen: La regulación de las edificaciones tradicionales en la legislación urbanística de Galicia es un hecho consolidado en el tiempo, tras su contemplación en la anterior LOUGA y en la actual Ley del suelo de Galicia. No obstante, esta continuidad es más aparente que real, ya que los cambios introducidos con esta última norma son significativos.

Este trabajo constituye un análisis y una reflexión sobre los conceptos que integran la norma y los efectos que provocan los cambios introducidos en los últimos años, que marcan un cambio de tendencia.

Palabras clave: Edificaciones tradicionales, Ley 19/1975, de 2 de mayo, patrimonio, características, recuperación, grado de conservación, rehabilitación, reconstrucción, ampliación, modificaciones.

Abstract: The regulation of traditional buildings in the urban planning legislation in Galicia is a fact consolidated over time, after its treatment in the previous LOUGA and in the current Galician urban Law. However, this continuity is more apparent than real since changes introduced by this last rule are significant. This paper constitutes an analysis and a reflection on the concepts that make up the law and the effects caused by changes introduced in recent years, which determine a change in trend.

Key words: Traditional buildings; Law 19/1975, of May 2, heritage, characteristics, recovery, conservation degree, rehabilitation, reconstruction, enlargement, modifications.

SUMARIO: 1 Planteamiento. 2 El concepto consolidado de edificación tradicional. 3 La norma y su evolución. 3.1 El nuevo título. 3.2 Edificaciones existentes. 3.3 El mantenimiento de las características esenciales. 3.4 Grado de conservación. 3.5 Aplicación al suelo de núcleo rural. 3.6 Nuevos usos permitidos. 3.7 La competencia. 3.8 Los parámetros urbanísticos. 3.9 La reforma. 3.10 La justificación de las razones de la ampliación. 3.11 Incremento del 50% del volumen original. 3.12 Anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo. 4 La interacción con las previsiones establecidas en las normativas sectoriales. 5 Fomento de la recuperación del patrimonio construido. 6 La prohibición de demolición de edificaciones de valor histórico o etnográfico. 7 Conclusión.

1 Planteamiento

Las edificaciones tradicionales gallegas han sido ampliamente estudiadas desde mediados del siglo XX¹. No obstante, en el ámbito de la legislación urbanística, el punto de partida de la regulación de las edificaciones existentes “*de carácter tradicional o de singular valor arquitectónico*” lo encontramos en la Ley 15/2004, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA)². Dentro de una estrategia de conservación, recuperación y puesta en valor del patrimonio natural y cultural de nuestro territorio, esta norma modifica el contenido del artículo 40 de la LOUGA, que deja de dedicarse al “*suelo rústico de protección de espacios naturales*” para regular las “*edificaciones existentes de carácter tradicional o de singular valor arquitectónico*”.

El contenido de este artículo se mantuvo inalterado durante la vigencia de la LOUGA, pero con la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (LSG), se introdujeron numerosos conceptos nuevos. Esas sucesivas incorporaciones aportaron complejidad a la norma y generaron ciertas tensiones internas que a su vez provocaron –y siguen provocando– la necesidad de nuevas modificaciones aclaratorias.

¹ Los inicios de los estudios de la cultura en Galicia se asocian al Seminario de Estudios Galegos, fundado en 1923, aunque el primer estudio de las construcciones populares se considera que es la obra *Etnografía. Cultura material*, de Xaquín LORENZO FERNÁNDEZ, gestada en la emigración gallega en Buenos Aires en el año 1962.

² En el año 1997 el *conselleiro* Cuiña Crespo se había propuesto crear una ley de protección de la arquitectura popular. Lo que finalmente se aprobó fue la Ley 9/2002, que, a pesar de que se ocupaba de la “*protección del medio rural*”, contenía escasas referencias a esta particular arquitectura.

Nos encontramos ante una norma jurídica que utiliza numerosos conceptos técnicos –alguno de los cuales redefine– y que es el resultado de un proceso de incorporaciones sucesivas.

La transformación que ha sufrido la norma desde sus orígenes hasta la actualidad es considerable y las modificaciones lamentablemente no han estado acompañadas de una exposición de motivos que ayude a dirigir las necesarias interpretaciones para su aplicación. Por este motivo, se hace necesario un análisis minucioso de su contenido, acompañado de interpretaciones autorizadas no exentas de crítica. Solo así se podrá alcanzar una aplicación correcta de la norma.

2 El concepto consolidado de edificación tradicional

El tipo de arquitectura a la que nos estamos refiriendo ha tenido múltiples acepciones a lo largo del siglo XX. Algunas de ellas son “indígena”, “espontánea”, “anónima”, “inmutable”, “inculta”, “folclórica”³, “popular”, “vernácula”, “rural”, “tradicional”, “autóctona”, “típica”, “autoconstruida”, “sin arquitectos”⁴, “regional”, “rústica”, “primitiva”, “pintoresca”, “corriente”, “común” o “local”⁵.

Se trata de una muestra de manifestación popular que comenzó a estudiarse en España a principios del siglo XX⁶, como parte integrante del patrimonio histórico y cultural, a través de obras de Manuel BARTOLOMÉ COSSÍO, Vicente LAMPÉREZ Y ROMEA, Leopoldo TORRES BALBÁS o Fernando GARCÍA MERCADAL⁷.

El Plan Nacional de Arquitectura Tradicional⁸ publicado en el año 2015 como parte integrante de los Planes Nacionales de Patrimonio Cultural, con fundamento en la Ley de patrimonio histórico, define la arquitectura tradicional como el “conjunto de construcciones que surgen de la implantación de una comunidad en su territorio y que manifiestan en su diversidad y evolución su adaptación ecológica, tanto a los condicionantes y recursos naturales, como a los procesos históricos y modelos socioeconómicos que se han

³ ASENSIO RODRÍGUEZ, A., DOMÍNGUEZ VIÑAS, R. y RUIZ TRUEBA E., *Miradas a la arquitectura Popular Española. Colección fotográfica de Carlos Flores*, Fundación Siglo para el Turismo y las Artes de Castilla y León, Valladolid, 2017, p. 11.

⁴ ALMARCHA NÚÑEZ-HERRADOR, E., “El descubrimiento y la puesta en valor de la arquitectura popular: de Fernando García Mercadal a Luis Feduchi”, Biel Ibáñez, M.P. y Hernández Martínez, A. (coords.), *Lecciones de los maestros. Aproximación histórico-crítica a los grandes historiadores de la arquitectura española (Seminario Celebrado en Zaragoza los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2009)*, Instituto Fernando El Católico, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2011, p. 186.

⁵ CERQUEIRA, F., “Estudos da arquitectura lusa. Das Arquitecturas Populares Tradicionais”, *Observa Magazine*, n. 13, enero 2020, p. 40.

⁶ Se asocia este proceso con el fenómeno de la alfabetización, con la prensa, la fotografía, la creación en 1876 de la *Institución Libre de Enseñanza* o la pérdida de las últimas colonias (Cuba, Puerto Rico y Filipinas) en el año 1898.

⁷ MUÑOZ COSME, A., “La Arquitectura Tradicional. Paisaje cultural, historia social y patrimonio inmaterial”, Muñoz Cosme, A. (dir.), *Libro colectivo: Patrimonio Cultural de España. N. 8. Arquitectura Tradicional. Homenaje a Félix Benito*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2014, p. 11.

⁸ Es uno de los planes más recientes de una serie que comienza en el año 1990, con el *Plan de Catedrales*, al que le siguieron el de *Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático* (2007), *Patrimonio Industrial* (2011), *Abadías, Monasterios y Conventos* (2012), *Arquitectura Defensiva* (2012), *Paisaje Cultural* (2012), *Conservación del Patrimonio Cultural del Siglo XX* (2014), *Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* (2011), *Investigación en Conservación del Patrimonio Cultural* (2011), *Conservación Preventiva* (2011) y *Educación y Patrimonio* (2012). Después de este plan se aprobaron el de *Conservación del Patrimonio Fotográfico* (2015) y *Emergencias y Gestión de Riesgos en Patrimonio Cultural* (2015).

desarrollado en cada lugar”⁹. Constituyen así “un destacado referente entre las señas de identidad culturales de la comunidad que la ha generado, y es el resultado de experiencias y conocimientos compartidos, transmitidos y enriquecidos de una generación a otra”.

En el caso concreto de Galicia, los orígenes del estudio de las construcciones populares se remontan a mediados del siglo XX con la obra *Etnografía. Cultura material* del etnógrafo orensano LORENZO FERNÁNDEZ¹⁰. Pero más recientemente los profesores LLANO¹¹ y CAAMAÑO SUÁREZ¹² han realizado extensos trabajos relativos a este tipo de arquitectura. No obstante, TORRES BALBÁS ya había descrito perfectamente la edificación tradicional gallega, que identificaba con casas con “muros de grandes sillares graníticos, bien aparejados algunas veces y puestos a espejo; toscamente labrados, otras, con apariencia ciclópea, o de mampostería, reservando entonces los sillares para los ángulos. Fuertemente señaladas suelen quedar las juntas, en ocasiones por un rejuntado de cal; otras, se blanquean totalmente los muros, aun cuando sean de sillería”¹³.

El profesor CAAMAÑO SUÁREZ entiende que la característica predominante de la casa-vivienda tradicional es su funcionalidad, dando servicio a la economía agraria o marinera, así como también residencia al agricultor o marinero y su familia¹⁴. Entiende también que la parte constructiva más importante es el muro¹⁵, con unos grosores que varían entre los 50 y los 80 centímetros¹⁶. A pesar de ello, existe una gran variedad de tipologías que ha llevado a diversos autores a realizar una clasificación. La más comúnmente aceptada en cuanto a la diversidad de las edificaciones tradicionales es la de los seis tipos diferenciados que establece el profesor LLANO en su obra *Arquitectura popular en Galicia*. Se trata de la arquitectura de la casa redonda o palloza, la de las sierras orientales, la de la Terra Chá, las de las agras coruñesas, la meridional y la marinera¹⁷.

3 La norma y su evolución

La Ley 15/2004, de 29 de diciembre, de modificación de la LOUGA, estableció la regulación de las edificaciones existentes “de carácter tradicional o de singular valor

⁹ CARRIÓN GÚTIEZ, A. (coord.), *Plan Nacional de Arquitectura Tradicional*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2015, p. 7.

¹⁰ LORENZO FERNÁNDEZ, X., *Etnografía. Cultura material*, Ediciones Boreal, A Coruña, 2013.

¹¹ LLANO CABADO, P. de, *Arquitectura popular en Galicia*, Publicacións do Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia, Santiago de Compostela, 2019 (ed. rev.).

¹² CAAMAÑO SUÁREZ, M., *As construcións da arquitectura popular*, Consello Galego de Colexios de Aparelladores e Arquitectos Técnicos, A Coruña, 2003.

¹³ TORRES BALBÁS, L., *La vivienda popular en España*, 1930, p. 142. Acceso web: <http://oa.upm.es/34265/> p. 260.

¹⁴ CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, Cadernos do Museo do Pobo Galego, Santiago de Compostela, 1999, p. 18.

¹⁵ No en vano es uno de los elementos que suele permanecer en pie en las múltiples edificaciones tradicionales en ruina, dispersas por nuestro territorio, que han ido perdiendo paulatinamente elementos como balcones, carpinterías, forjados o la cubierta. La robusta construcción de muchos de ellos es muestra de una técnica depurada tras siglos de utilización.

¹⁶ CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, cit., p. 23.

¹⁷ Cada una de estas arquitecturas se diferencia de las demás basándose en unas características morfotipológicas concretas y en el empleo de unas técnicas y materiales determinados.

arquitectónico”, que se mantuvo inalterada hasta la aprobación de la vigente Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (LSG); su contenido fue el siguiente:

“Se permitirá en cualquier categoría de suelo rústico, previa autorización autonómica con arreglo al procedimiento establecido por el artículo 41, la reconstrucción y rehabilitación de las edificaciones tradicionales o de singular valor arquitectónico, que podrán ser destinadas a vivienda y usos residenciales, a actividades turísticas y artesanales o a equipamientos de interés público. La reconstrucción o rehabilitación habrá de respetar el volumen edificable preexistente y la composición volumétrica original.

Asimismo, previa autorización autonómica, podrá permitirse por razones justificadas su ampliación, incluso en volumen independiente, sin sobrepasar el 10 % del volumen originario de la edificación tradicional. Excepcionalmente, la ampliación podrá alcanzar el 50 % del volumen de la edificación originaria cumpliendo las condiciones establecidas por los artículos 42 y 44 de la presente ley”.

Posteriormente, la vigente LSG estableció una nueva redacción, empezando por el título, que pasó a ser “edificaciones existentes de carácter tradicional”.

La redacción inicial del artículo 40 de la LSG fue la siguiente:

“Las edificaciones tradicionales existentes en cualquier categoría de suelo de núcleo o de suelo rústico podrán ser destinadas a usos residenciales, terciarios o productivos, a actividades turísticas o artesanales y a pequeños talleres y equipamientos.

Previo obtención del título habilitante municipal de naturaleza urbanística, y sin necesidad de cumplir los parámetros urbanísticos de aplicación salvo el límite de altura, se permitirá su rehabilitación y reconstrucción y, por razones justificadas, su ampliación incluso en volumen independiente, sin superar el 50 % del volumen originario de la edificación tradicional.

En cualquier caso, habrán de mantenerse las características esenciales del edificio, del lugar y de su tipología originaria.

A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerarán edificaciones tradicionales aquellas existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana”.

El texto que estableció la LSG para el artículo 40 pudiera parecer a simple vista una continuidad con la regulación que ya existía. Incluso la propia Dirección Xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo (DXOTU) lo manifiesta así en los informes que emite, como respuesta a las consultas formuladas por diversos ayuntamientos, en cumplimiento de la competencia de la Secretaría Xeral para el “asesoramiento y la emisión de informes sobre la aplicación e interpretación de la normativa vigente en materia de urbanismo”¹⁸. Así se entiende cuando afirma que “el artículo 40 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, hace extensible el régimen previsto en la normativa anterior

¹⁸ Artículos 10.1.q del Decreto 167/2015, de 13 de noviembre, y 13.1.q) del Decreto 42/2019, de 28 de marzo.

para las edificaciones tradicionales en suelo rústico a las existentes en suelo de núcleo rural”¹⁹. Además, en la exposición de motivos de la Ley 2/2016 no encontramos ninguna referencia al apartado que regula las edificaciones tradicionales²⁰, lo que pudiera entenderse como una ausencia de necesidad de explicación por no existir nada nuevo que explicar. Pero ello no es así, ya que entre las versiones del artículo 40 de la LOUGA y el artículo 40 de la actual LSG existen importantes diferencias²¹.

La actual LSG incorporó sustanciales novedades que en la práctica tienen consecuencias relevantes sobre el patrimonio arquitectónico tradicional. Desgranaremos los múltiples conceptos que conforman la regulación y prestaremos la debida atención a esas novedades, lo que nos permitirá darnos cuenta del cambio de rumbo que están provocando estas últimas incorporaciones.

3.1 El nuevo título

En la redacción dada por la actual LSG al artículo 40, es de destacar la omisión en el título de la referencia al concepto de edificaciones “*de singular valor arquitectónico*”. De este modo, el título se refiere solamente al concepto de “*edificaciones existentes de carácter tradicional*”. Veremos más adelante que esta omisión va en la línea de una reconocida intención de garantizar la seguridad jurídica, en este caso eliminando uno de los dos conceptos del título, a pesar de que en el cuerpo del artículo siguen existiendo numerosos conceptos jurídicos indeterminados²².

BERMÚDEZ FERNÁNDEZ considera que la redacción originaria del artículo, del año 2004, hacía mención, por un lado, a las edificaciones de carácter tradicional y, por otro, a las edificaciones de singular valor arquitectónico²³. Lo hace afirmando que “*la versión del año 2004 abarcaba no sólo las tradicionales sino también las edificaciones «de singular valor arquitectónico»*”. Consideramos que esta interpretación no es la más correcta, ya que entendemos que el empleo de la conjunción “o” en la expresión “*edificaciones existentes de carácter tradicional o de singular valor arquitectónico*” viene a suponer una forma alternativa de referirse al mismo elemento identificado de distinta forma. Creemos que ello es así porque las dos expresiones se integran dentro del concepto de patrimonio arquitectónico tradicional que se pretende recuperar, según se indica en el apartado IV.e) del preámbulo de la Ley 15/2004, de 29 de diciembre, de modificación de la LOUGA.

¹⁹ Expediente CP-19/..., informado el 16.04.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

²⁰ Conviene recordar aquí la relevancia de las exposiciones de motivos de la norma a la hora de realizar una interpretación genética e histórica que nos permita concretar la proposición jurídica. Esa exposición de motivos se hace aún más necesaria cuando se incorporan tantas y tan sustanciales novedades como las que afectan a la norma analizada.

²¹ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, *REDAS: Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 2, 2018, p. 6.

²² A mayores de la pretendida seguridad jurídica, parece que la omisión de la referencia a las edificaciones “*de singular valor arquitectónico*” viene condicionada por la novedosa identificación de las edificaciones tradicionales en relación con un momento temporal concreto del año 1975 y la dificultad para apreciar el singular valor arquitectónico en edificaciones próximas a esta fecha.

²³ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, cit., p. 6.

3.2 Edificaciones existentes

El concepto de edificación “*existente*” indicado en la ley lo precisa el reglamento que la desarrolla, al señalar en el artículo 63 que “*por edificación existente se entiende aquella que estuviese terminada en la fecha indicada*” y que, asimismo, “*deberá presentar un grado de conservación tal que permita apreciar sus características esenciales*”.

La necesidad de apreciar sus características esenciales encuentra justificación en el hecho de que es requisito necesario para permitir su reconstrucción²⁴. Si la edificación cuenta con partes arruinadas que, aun así, permiten en su conjunto apreciar las características esenciales de la edificación, esas partes arruinadas pueden computar para el volumen originario. Si, por el contrario, alguna de las partes ya no existe o los restos no permiten apreciar sus características esenciales, esas partes no se pueden computar para el volumen originario²⁵.

3.3 El mantenimiento de las características esenciales

El artículo 63 del RLSG incorpora el requisito de que las edificaciones tradicionales existentes deben presentar un grado de conservación tal que permita apreciar sus características esenciales.

Asimismo, el artículo 40 de la LSG, tras hacer mención a las múltiples actuaciones permitidas en estas edificaciones, incorpora, como no podía ser de otro modo, el requisito de que “*se deberán mantener las características esenciales del edificio, del lugar y de su tipología originaria*”.

La DXOTU, en respuesta a una consulta formulada²⁶, indica, en relación con las características esenciales, que “*al tratarse de un concepto jurídico indeterminado y que no se concreta desde la normativa urbanística, es a través de la jurisprudencia y la doctrina cuando se perfila lo que debe entenderse por características esenciales, cuestión ésta que corresponde determinar al ayuntamiento, en el ejercicio de su competencia municipal en el otorgamiento de la licencia urbanística y en el ámbito del correspondiente expediente, a la vista de los datos obrantes en el mismo*”. Un ejemplo del análisis del mantenimiento de las características esenciales de la tipología originaria del edificio lo encontramos en la reciente Sentencia 28/2021, de 19 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ourense, que analiza un caso de una edificación originaria de planta baja con cubierta a cuatro aguas que terminó siendo una edificación de planta baja y planta alta con cubierta a dos aguas²⁷.

²⁴ Consideramos que esas características esenciales deben seguir siendo identificables, a lo largo de toda la edificación, tras las obras de “*reforma*”, “*rehabilitación*”, “*reconstrucción*” o incluso “*ampliación*”. En el caso contrario, en el que nos pongamos delante de la edificación resultante y no seamos capaces de identificar la edificación tradicional originaria, estaremos ante una actuación distinta no subsumible en esta norma, que nació con el objetivo claro e inequívoco de “*conservar*” y “*recuperar*” una parte concreta de nuestro patrimonio cultural.

²⁵ Expediente CP-19/..., informado el 16.04.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

²⁶ Expediente CC-18/..., informado el 25.04.2018 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

²⁷ Sentencia 28/2021, de 19 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.1 de Ourense (Procedimiento Ordinario 64/2019). En su fundamento de derecho segundo se indica que “*de la prueba practicada se ha acreditado, tal y como se expuso anteriormente, una transformación de la tipología constructiva, esto es, de una edificación originaria de tipología de planta*”

El informe 136/2018 del Consello Consultivo de Galicia (CCG)²⁸, en el que se interpreta el artículo 40 de la Ley 2/2016, concreta este aspecto e indica que *“las características esenciales pueden ser definidas como aquellas que, a mayores de las que conforman la tipología edificatoria y de la catalogación patrimonial de una construcción o de alguno de sus elementos, singularizan la edificación y definen su esencia. Como ejemplos podemos citar las siguientes: distribución interior, forjados, sistema constructivo o todos estos elementos en su conjunto conformando la morfología de la edificación”*²⁹. Se trata de una definición bastante acertada que incorpora una serie de elementos considerados clave en nuestra arquitectura tradicional³⁰.

El informe continúa diciendo que *“debe exigírsele al promotor una motivación suficiente de cualquier alejamiento o no conservación de los elementos originales y tipología antes relacionados. Así, la regla general será el mantenimiento, y la excepción la no conservación de alguno o algunos de los elementos que, por no singularizar ni definir la edificación, permitan su sustitución sin afectar a características esenciales del edificio.*

Esta motivación podrá considerarse suficiente o idónea, cuando venga acompañada de una descripción detallada del estado del edificio, tanto escrita como gráfica, y prestarle especial atención a los elementos que sean objeto de sustitución por otros diferentes de los originales, a las razones que determinen estas sustituciones y a su consideración de

baja más cubierta a cuatro aguas, se ha mutado por una edificación de planta baja a la que se ha incorporado una planta primera más una cubierta a dos aguas.”

Del mismo modo, se indica que *“descendiendo al caso en concreto, se ha de partir que la edificación originaria era de tipología de planta baja, más cubierta a cuatro aguas, y, sin embargo, nos encontraríamos con una edificación resultante de planta baja, más planta primera, más cubierta a dos aguas. Así y tal como se refleja en el informe, no se realizó una reconstrucción del espacio arruinado, sino que en ese espacio preexistente se ejecutó una obra nueva. De este modo, la destrucción de la cubierta a cuatro aguas, tal y como se aprecia en la documental fotográfica, unida a la transformación de su tipología original al incorporar una nueva planta y una nueva cubierta a dos aguas impide que se pueda computar el volumen originario de los faldones de la cubierta original como si se tratara de una ‘reconstrucción’. Estas nuevas obras no se corresponderían con las obras de reconstrucción tal y como se define en el artículo del Reglamento anteriormente transcrito”*.

²⁸ CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA, “Doctrina del año 2018 de la Sección de Estudios e Informes, Informe CCG 136/2018”, *Consello Consultivo de Galicia. Memoria 2018*, Consello Consultivo de Galicia, Santiago de Compostela, 2019, p. 65.

²⁹ Consideramos que existen muchos otros elementos esenciales, como pueden ser los *patíns* exteriores de acceso a la planta alta, los *corredores*, las *solainas*, los soportales o las galerías. A mayores, una parte fundamental de la morfología de la edificación, y que por tanto forma parte de las características esenciales de la misma, es la cubierta, sobre todo en lo que se refiere a número de faldones o pendiente de estos, como vemos en la Sentencia 28/2021, de 19 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.1 de Ourense. En su fundamento de derecho segundo se indica que *“la edificación resultante aumenta el volumen en altura eliminando una de sus características originales que es la cubierta a cuatro aguas y se sustituye por una cubierta a dos aguas que parte de una nueva planta”*. Por ello, las alteraciones en la configuración de la cubierta deben ser las estrictamente necesarias para realizar las actuaciones permitidas, lo cual facilita el reconocimiento de la edificación tradicional tras las obras realizadas.

Del mismo modo, el número de plantas de la edificación tradicional originaria también es un elemento esencial de esta, por lo que no debería variar, en aras del mantenimiento de la morfología de la edificación, como parte de las características esenciales de la misma. Consideramos por ello que la cifra del incremento del 10% del volumen se estableció pensando en casos en los que era recomendable incrementar la edificación en altura, en el caso de que exista la necesidad de adaptarla a los estándares actuales –ejecutando una nueva cubierta ligeramente más elevada–, y que el incremento del 50% del volumen, de mucha mayor entidad que el supuesto anterior, se estableció pensando en la creación de nuevos cuerpos independientes o, como mucho, adosados en los laterales, cuya ejecución apenas altera las características de la edificación originaria y permite seguir identificándola.

³⁰ A finales de los años 90 del siglo pasado existía un cierto deseo de elaborar una norma de protección de la arquitectura popular en Galicia, en sus distintas manifestaciones, a lo largo de las diversas áreas de estudio con características más o menos homogéneas. Aquella norma concreta no llegó a ver la luz, pero consideramos que un aspecto que no podía faltar en aquel texto, en forma de identificación de los elementos característicos de cada una de las distintas arquitecturas, se convierte en necesario en la actualidad para dar cumplimiento al mandato de mantenimiento de las *“características esenciales”*, que son unas concretas y no las que cada uno podamos considerar.

accesorios, así como al juicio expreso, razonable y razonado de por qué, a pesar de su alteración, se está manteniendo la tipología original y características esenciales del edificio.

Así, tiene que constar en el expediente una justificación expresa, cuantitativa y cualitativamente suficiente, de todo aquel elemento esencial o de la característica tipológica original del edificio que pretenda sustituirse o no conservarse desde la perspectiva de que no es una característica esencial de este”.

La DXOTU, con posterioridad a la consulta en la que se hace mención al carácter de concepto jurídico indeterminado del término, estableció un criterio³¹, que mantiene en parte esta línea, ante una nueva consulta relativa a este concepto de “*características esenciales*”. En este informe se indica que “*la configuración de este precepto está referida principalmente al concepto de edificación tradicional heredado de la normativa anterior (no referida a una fecha concreta), lo que implica que la exigencia de que se mantengan las características esenciales del edificio, del lugar y de su tipología originaria se deba entender referida, fundamentalmente, a aquellas edificaciones tradicionales que por sus características y tipología tengan esa naturaleza, dado que pueden existir edificaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, que no tengan técnicamente esa consideración de tradicional*”.

Con este criterio se viene a indicar que su aplicación es solamente para una parte de las edificaciones que son objeto del artículo 40 de la LSG, en concreto para las edificaciones puramente tradicionales. Este criterio es muy significativo de la necesidad de reflexionar acerca de la anomalía que supone seguir regulando dentro del mismo artículo situaciones claramente diferenciadas, para las que se está interpretando que la norma no les debe afectar de la misma forma.

Para concluir con este análisis, hacemos nuestra la recomendación final que el CCG realiza en su Informe 136/2018. Esta recomendación consiste en que, “*con objeto de evitar actuaciones contradictorias, es recomendable que los ayuntamientos, y por extensión las diputaciones que les prestan asistencia en este campo, aprueben instrucciones técnicas de unificación de criterios que les faciliten la labor de los profesionales y de los funcionarios, que reduzcan la enorme discrecionalidad existente y que doten de seguridad jurídica a un procedimiento (el otorgamiento de licencia) que en esencia debe ser reglado. Estas instrucciones pueden actualizarse periódicamente, en función de los precedentes establecidos en los asuntos que se resuelvan, y pueden complementarse con la jurisprudencia que eventualmente pueda recaer al analizar la aplicación de los preceptos debatidos*”.

3.4 Grado de conservación

Lamentablemente, muchas de las edificaciones tradicionales a las que les es de aplicación el artículo 40 de la LSG se encuentran en avanzado estado de deterioro, cuando no en situación ruinoso³².

³¹ Expediente CC-19/..., informado el 01.10.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

³² Esta penosa realidad se agrava aún más con los múltiples casos en cuyo entorno inmediato existen otras edificaciones más recientes a medio construir, con ladrillo a la vista, sin teja, sin ventanas o incluso sin escalones, creando una situación de doble deterioro del paisaje, tanto por parte de la edificación abandonada como por parte de la nueva edificación.

La exigencia de un grado de conservación tal que permita apreciar las características esenciales de la edificación puede parecer una exigencia sin demasiada importancia. En realidad, tiene una especial relevancia en el sentido de funcionar como un incentivo para conservar las edificaciones y no perder la oportunidad de poder acogerse a este régimen urbanístico excepcional. Por ello, si el grado de conservación no alcanza el mínimo exigido, esa realidad no debe poder ser subsumida en el ámbito de aplicación del artículo 40 de la LSG³³.

En este sentido, es muy clarificador el criterio sentado por la DXOTU³⁴, por lo que pasamos a reproducir la respuesta a la consulta planteada.

“La exigencia de unos mínimos de conservación del inmueble debe contextualizarse en la aplicación de este régimen excepcional, constituyendo uno de los mecanismos que la normativa urbanística contempla entre las medidas para fomentar la recuperación del patrimonio construido y el mantenimiento de las edificaciones existentes, frente a la proliferación de las nuevas edificaciones. Por tanto, en ningún caso, debe entenderse que la aplicación del artículo 40 puede dar lugar a una obra nueva, aunque sea con el mismo volumen que la originaria. Para tal efecto la ley establece en el artículo 40 un régimen abierto donde las únicas limitaciones paramétricas se refieren a la escala de las edificaciones (altura y volumen), de forma que se prime su recuperación siempre y cuando la ampliación propuesta guarde unos mínimos de proporciones con respecto al volumen originario de la edificación tradicional, eximiendo del cumplimiento de otros parámetros de implantación como parcela mínima, retranqueos, porcentaje de ocupación [...] que imposibilitarían la recuperación de muchas edificaciones.

En resumen, para la aplicación de este artículo debe existir una edificación que, aunque disponga de partes arruinadas, sea susceptible de reconstrucción (acción destinada a completar un estado previo del inmueble arruinado utilizando como base partes originales de este cuya autenticidad se pueda acreditar), rehabilitación e incluso reforma siempre y cuando se mantengan las características esenciales del edificio, del lugar y de su tipología originaria.

De este modo, el grado de conservación necesario debe analizarse en cada caso concreto desde el punto de vista arquitectónico y técnico, cuestión que corresponde determinar al ayuntamiento correspondiente, en el ejercicio de su competencia municipal en el otorgamiento de la licencia urbanística y en el ámbito del correspondiente expediente, a la vista de los datos obrantes en él, sin poder ser cuantificado en una ley”.

Al margen de la consideración general, repetimos aquí la importantísima reflexión de que *“en ningún caso debe entenderse que la aplicación del artículo 40 puede dar lugar a una obra nueva, aunque sea con el mismo volumen que la originaria”*. La consideramos enormemente acertada, pero lamentamos que no forme parte del texto de la LSG o,

³³ Del mismo modo que tampoco lo puede ser un resultado en el que no se puedan apreciar las características esenciales de la edificación tradicional originaria, cuyo máximo exponente es la situación en la que sea imposible identificar ya la edificación originaria.

³⁴ Expediente CP-19/..., informado el 16.04.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

al menos, del decreto que la desarrolla. Su inclusión de una forma explícita sin duda permitiría salvar del derribo un número considerable de edificaciones tradicionales.

3.5 Aplicación al suelo de núcleo rural

Una de las novedades en la actual regulación es su aplicación también a las edificaciones tradicionales existentes en cualquier categoría de suelo de núcleo. Su inclusión crea una cierta complejidad en el reparto competencial en cuanto a aspectos vinculados se refiere, como el que vemos en la reciente Sentencia 29/2021, de 22 de enero, del TSJ de Galicia³⁵.

A modo de ejemplo, un uso residencial en suelo rústico es competencia autonómica, mientras que en núcleo rural es competencia municipal. La redacción actual del artículo 40 asigna la competencia sobre una edificación tradicional en suelo rústico a los ayuntamientos, pero la regla general de la competencia, en cuanto a usos residenciales en suelo rústico, es que es autonómica, por lo que la línea divisoria en algunos casos será difusa. Aun así, la inclusión de las edificaciones tradicionales “*en cualquier categoría de suelo de núcleo*” parece un acierto. El suelo de núcleo rural es una parte absolutamente fundamental del medio rural y, por tanto, del patrimonio natural y cultural de nuestro territorio, por lo que no tenía sentido que esta clase de suelo no tuviese cabida en el artículo pensado para la recuperación de nuestro patrimonio arquitectónico tradicional.

3.6 Nuevos usos permitidos

La nueva regulación incorpora como novedad la posibilidad de dedicar estas edificaciones a usos terciarios o productivos, así como a pequeños talleres. Se amplían así las posibilidades de uso en coherencia con la propia historia de las edificaciones tradicionales en Galicia. El medio rural tenía una importancia enorme en la época preindustrial, por lo que los asentamientos de población se caracterizaban, entre otras cosas, por tener una gran riqueza de usos, lo que permitía cubrir en buena parte las necesidades de la población que lo habitaba.

En la actualidad, como sucede en muchos aspectos de la vida, volvemos a retomar ciertas cosas del pasado, las redefinimos y convertimos aquella complejidad de usos en el medio rural en lo que hoy conocemos por “*ciudad de proximidad*” o “*ciudad de los 15 minutos*”, en la que tenemos cerca una gran variedad de servicios.

³⁵ Sentencia 29/2021, de 22 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictada en el recurso de apelación n. 4149/2018 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:981). En esta sentencia se concluye, en el fundamento de derecho tercero, que “*a la vista del desarrollo constructivo que se constata de las fotografías obrantes en el expediente podría tener encaje dicha reconstrucción con el dictado del art. 40 de la LSG; por ello, la competencia para examinar la legalización o no de dicha reconstrucción deviene municipal. Tampoco está acreditado de los autos la demolición total de la edificación ya que debemos convenir que la APLU parte siempre de una presunción de demolición de dos fachadas, pero no contrastadas*”. Discrepamos respetuosamente de este razonamiento. En primer lugar, porque “*podría*” tiene un significado muy distinto al término “*puede*”, pero en segundo lugar porque no debemos perder de vista la edificación tradicional y el mantenimiento de sus características esenciales, de cuya protección se encarga el citado artículo. Ante una actuación edificatoria que dificulta la identificación de la edificación tradicional originaria, hasta el punto de imposibilitarla, resulta ya irrelevante el hecho de que se haya acreditado la total demolición de dos paredes o de las cuatro. El resultado simplemente no debe ser subsumido en la norma al no formar parte de su *ratio legis*.

En línea con esa admisibilidad de múltiples usos está el informe de la DXOTU de 1 de febrero de 2019³⁶, que indica que *“nada obsta a que pueda desarrollarse más de un uso en la misma edificación, sin perjuicio de otras consideraciones”*. Esta previsión pasó recientemente a formar parte del texto del artículo 63 del RLSG.

Para entender un poco mejor los nuevos usos posibles, acudimos de nuevo a las consultas informadas por la DXOTU. En una de ellas³⁷ vemos que, ante una consulta acerca de la posibilidad de encaje dentro del uso productivo, *“el uso de almacenamiento de productos fitosanitarios y agentes del medio ambiente”* consistiría en un *“uso industrial”* y *“no se puede considerar que el uso de almacenamiento de productos fitosanitarios y agentes de medio ambiente tenga encaje en los usos previstos en el artículo 40 de la Ley 2/2016”*.

Nos atrevemos respetuosamente a discrepar de esta postura partiendo de la base de esa multiplicidad de usos en tiempos pretéritos en el medio rural. Lo argumentamos apoyándonos en que tanto el uso productivo como el de almacenaje los encontramos en el artículo 21 del Decreto 83/2018, de 26 de julio, por el que se aprueba el Plan Básico Autonómico de Galicia (PBA), en ambos casos como usos pormenorizados dentro del uso global industrial. Y lo mismo sucede en las definiciones del anexo I del RLSG, en las que vemos que los usos productivo y de almacenaje son usos industriales pormenorizados dentro del uso global industrial.

Por un lado, como vimos anteriormente, el artículo 40 es de aplicación también, como no podía ser de otro modo, en el suelo de núcleo rural, y el artículo 25.1 de la LSG reconoce el uso productivo como complementario del uso residencial, característico de esta clase de suelo.

Por otro lado, el artículo 22.3 del PBA, relativo al uso productivo dentro del uso global industrial, contempla dos categorías, siendo la primera *“industrial compatible residencial”* y la segunda el resto de actividades industriales. El artículo detalla un poco más e indica que la primera categoría engloba *“aquellas actividades industriales compatibles con el uso de vivienda dentro de la misma edificación o terreno, siendo éste el uso característico en zonas urbanas o de núcleo rural”*.

En línea con el anterior informe de la DXOTU relativo a la consulta sobre el almacenamiento de productos fitosanitarios, tenemos otra consulta informada el 1 de octubre de 2019³⁸, que considera una carpintería de madera como un uso industrial y, por tanto, no admisible ni en núcleo rural ni en suelo rústico basándose en la regulación general para estas clases de suelo.

De nuevo nos atrevemos respetuosamente a discrepar empleando para ello el argumento de que la profesión de la carpintería ha estado muy extendida por nuestro territorio desde tiempos ancestrales. Pero no ya solo la carpintería de pequeña escala, sino la que pudo ser considerada de escala intermedia, como pudieran ser las tradicionales carpinterías de ribera en las que se fabricaban y reparaban las embarcaciones que iban a la mar.

³⁶ Expediente CC-19/..., informado el 01.10.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

³⁷ Expediente CC-19/..., informado el 22.04.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

³⁸ Expediente CC-19/..., informado el 01.10.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

Entendemos con estos argumentos que determinados usos industriales, en cierto modo próximos a una actividad artesanal, deben ser admisibles en las edificaciones tradicionales en coherencia con el funcionamiento histórico de los asentamientos de población en el medio rural, así como con los nuevos paradigmas aplicables a la configuración urbanística de los asentamientos humanos por excelencia, que son las ciudades.

En lo que respecta a la referencia a los “pequeños talleres”, esta última consulta informada por la DXOTU³⁹ nos aclara que “*el vocablo taller se refiere a los establecimientos en los que se realizan trabajos artesanales o manuales*” y que, ante la falta de fijación en la norma de unos parámetros cuantitativos o cualitativos determinados, “*se infiere que las dimensiones y la configuración de los talleres no deben superar ni alterar de forma substancial las que corresponden a las edificaciones tradicionales que les sirven de soporte físico*”.

3.7 La competencia

El elemento más interesante de toda la producción popular es la casa⁴⁰, y la regulación originaria del artículo 40 de la LSG era aplicable solamente al suelo rústico. Con estos datos de partida, la competencia autonómica en este tipo de actuaciones era fundamental, tanto para el otorgamiento de la autorización autonómica previa como ante actuaciones de protección de la legalidad urbanística.

Con la nueva redacción, las actuaciones permitidas en este tipo de edificaciones se pueden realizar, en líneas generales, simplemente con el título habilitante municipal de naturaleza urbanística, cuya administración pasa a tener un papel determinante en el control de las obras a realizar en este tipo de edificaciones, tanto en suelo de núcleo rural como en suelo rústico. Esto lo confirmamos con las consultas informadas por la DXOTU el 7 de marzo de 2019, al indicar que “*las cuestiones formuladas en relación a la aplicación del artículo 40 [...] corresponden, exclusivamente, al ayuntamiento*”; el 16.09.2019, con la mención a la innecesariedad de “*autorización autonómica previa al título habilitante municipal*”; o el 20.12.2019 indicando que “*corresponde exclusivamente al ayuntamiento [...] valorar [...] si la actuación prevista encaja en el supuesto regulado en el artículo 40 de la Ley 2/2016*”⁴¹.

3.8 Los parámetros urbanísticos

La redacción originaria del artículo permitía la reconstrucción y la rehabilitación de las edificaciones sin necesidad de tener que cumplir ningún parámetro urbanístico.

³⁹ Expediente CC-19/..., informado el 01.10.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

⁴⁰ CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, cit., p. 5.

⁴¹ Nos atrevemos respetuosamente a aportar un matiz a esta interpretación para limitar la competencia municipal a la actuación de comprobación del cumplimiento de los límites concretos establecidos para las actuaciones concretas permitidas, que son “*reforma*”, “*rehabilitación*”, “*reconstrucción*” y “*ampliación*”. Entendemos que cualquier actuación edificatoria que no pueda ser subsumida en ninguna de estas cuatro actuaciones no está dentro de la *ratio legis* de la norma y, por tanto, no es competencia municipal.

A mayores permitía, por razones justificadas, las ampliaciones de hasta el 10 % del volumen, también sin necesidad de justificar el cumplimiento de ningún parámetro urbanístico⁴². Solo en el caso de que la ampliación fuese de entre el 10 % y el 50 % del volumen era necesario justificar el cumplimiento de una serie de parámetros urbanísticos tales como superficie mínima de parcela o retranqueos a lindes.

En la actualidad, las obras permitidas de reforma, rehabilitación, reconstrucción y ampliación, de hasta el 50 % del volumen originario, pueden realizarse sin necesidad de justificación de la ampliación y sin que sea preciso justificar el cumplimiento de ningún parámetro urbanístico, salvo el límite de altura⁴³. Eso sí, dejando a salvo la servidumbre de luces y vistas que figuran en los artículos 581, 582 y 585 del Código civil⁴⁴, como deja claro la Sentencia 30/2016, de 15 de enero, del TSJ de Castilla y León⁴⁵.

Como se puede apreciar, la actual regulación, en relación con la originaria, hace más atractiva la intervención en este tipo de edificaciones por las actuaciones que se permiten, pero sobre todo por las escasas exigencias de cumplimiento normativo o de justificación de ningún tipo.

Dejando a un lado el incremento máximo de volumen permitido, esta falta de exigencia de cumplimiento de parámetros urbanísticos, salvo el límite de altura, se ve confirmada en varias respuestas que la DXOTU da a las respectivas consultas⁴⁶.

En relación con el cumplimiento del límite de la altura, son varias las consultas⁴⁷ planteadas a la DXOTU en las que la respuesta es que “*el límite de altura resulta exigible a las obras que se pretendan llevar a cabo, no siendo impedimento que la edificación tradicional exceda tal parámetro*”. En realidad, este pronunciamiento podría llegar a parecer innecesario, porque la gran mayoría de edificaciones tradicionales en el medio rural cuentan con una o dos plantas y no suelen sobrepasar los siete metros de altura, ya que estaban construidas en coherencia con las limitaciones propias de la

⁴² Entendemos que esta regulación concreta era coherente con la exposición de motivos de la norma, que pretendía “*conservar*” y “*recuperar*”. Incluso nos aventuramos a indicar que la posibilidad de incremento del 10% del volumen se estableció pensando en adaptar la altura de las edificaciones a los parámetros actuales, ligeramente superiores a los tradicionales. Se trataba de una ampliación que difícilmente podría alterar la esencia de la edificación tradicional.

⁴³ El límite de altura de dos plantas no debiera llevar a la conclusión de que una edificación de una única planta puede ser objeto de obras de ampliación con la adición de una segunda planta, ya que ello entra en colisión con el mantenimiento de, al menos, una de las características esenciales de la edificación, que es el número de plantas de esta.

⁴⁴ PRIMERO LLÁCER, A.M., *La servidumbre de luces y vistas*, tesis doctoral (G. Guizzi / tutor, M.E. Clemente Meoro / tutor y director, y J. Estruch Estruch / Director), Universidad de Valencia y Università Degli Studi di Napoli Federico II, Valencia, 2015, p. 206. “*La servidumbre legal de luces y vistas es una manifestación del derecho de propiedad que no puede quedar coartado por un plan urbanístico o una licencia de obras. En el caso de la licencia de obras, el infractor no puede escudarse en una autorización o licencia municipal otorgada precisamente dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero porque ese documento expresa únicamente la inexistencia de obstáculos administrativos sin atender a la imposición de una carga a la propiedad contigua*”.

⁴⁵ Sentencia 30/2013, de 15 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso, dictada en el recurso de apelación número 827/2011 (ECLI:ES:TSJCL:2013:441). Esta sentencia confirma la sentencia apelada que estima el recurso presentado frente a la actuación constitutiva de vía de hecho de la Diputación demandada, consistente en la ejecución de las obras de rehabilitación y ampliación del teatro Ramos Carrión, en cuanto al cuerpo adosado al inmueble del recurrente, por vulnerar la servidumbre perpetua de luces y vistas constituida a su favor, con prohibición de edificación en una franja de tres metros. Deja claro que este derecho no puede quedar coartado por una norma administrativa o un acto si no media expropiación de ese derecho de propiedad, con base en el artículo 33.3 de la Constitución española.

⁴⁶ Expedientes CC-18/..., CC-18/... y CP-17/..., informados el 19.03.2018, 31.07.2018 y 17.11.2017 respectivamente por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

⁴⁷ Expedientes CC-18/..., CC-19/... y CP-19/..., informados el 26.03.2018, 07.03.2019 y 16.04.2019 respectivamente por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

técnica constructiva de la época y los materiales empleados. No obstante, esta previsión concreta pasó recientemente a formar parte del texto del artículo 63 del RLSG.

3.9 La reforma

Tanto la redacción original de la LOUGA como la de la LSG contaban en su redacción con las palabras rehabilitación, ampliación y construcción, pero en su redacción actual, tras la reforma introducida por el artículo 13.seis de la Ley 7/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, se incorporó también el concepto de reforma. Ello ya lo avanzó la DXOTU en respuesta a varias consultas⁴⁸, al indicar que *“una interpretación integrada y coherente de dicha regulación debe considerar incluidas también las obras de reforma”*.

3.10 La justificación de las razones de la ampliación

Recordamos aquí que la redacción originaria establecida con la Ley 15/2004 indicaba que se permitirá *“la reconstrucción y rehabilitación”* y que *“podrá permitirse por razones justificadas su ampliación, incluso en volumen independiente”*.

Posteriormente, la redacción originaria de la LSG indicaba que *“se permitirá su rehabilitación y reconstrucción y, por razones justificadas, su ampliación incluso en volumen independiente”*. Esta misma redacción es la que posteriormente se incorporó al RLSG en el artículo 63.

Como vemos, las dos primeras redacciones requerían justificar las razones de la ampliación. En el caso concreto de la redacción originaria de la LSG, así lo entendió también el CCG en su informe 136/2018 en relación con la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, como es el de *“razones justificadas”*. La interpretación que propuso el CCG era la siguiente:

“Debe entenderse que no hay un límite legal, cualitativo o cuantitativo, para las razones que puedan invocarse, de forma que estas podrían ser de cualquier índole siempre que se justifiquen apropiadamente.

Por tanto, y de acuerdo con la literalidad tanto de la ley como del reglamento que la desarrolla, pueden ser razones justificadas tanto las estrictamente técnicas (accesibilidad, habitabilidad) como otras de carácter social y totalmente independientes de la normativa urbanística. No obstante, en ningún caso las razones justificadas pueden depender de razones de oportunidad, irracionales o arbitrarias. Sentado lo anterior, lo que sí exige la ley es que cualquiera que sea la razón o razones invocadas estén debidamente justificadas, por lo que, en función de la causa, se deberá exigir una acreditación suficiente de la concurrencia de ésta, y deberá constar en el expediente una motivación, expresa y suficiente, de la concurrencia de estas razones justificadas. A sensu contrario, no será suficiente la

⁴⁸ Expedientes CC-19/... y CP-19/..., informados el 07.03.2019 y 16.04.2019 respectivamente por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

mera invocación de estas, y deberán ser causas reales y, como tales, acreditables, no meras hipótesis, futuribles o conjeturas”.

Este mismo criterio ya lo había establecido el CCG en el dictamen 253 del año 2016⁴⁹ en relación con el Proyecto de decreto de Reglamento de la Ley 2/2016 al indicar que *“debe entenderse que la exigencia de justificación que contempla el artículo 40 de la ley se refiere a toda ampliación, y no sólo a la que se haga en volumen independiente”*.

No lo entendió así la DXOTU ante consultas sobre la interpretación de la redacción originaria de la LSG. Los informes emitidos⁵⁰ establecieron el criterio de que *“la expresión «por razones justificadas» debe entenderse referida a la posibilidad de que la ampliación se materialice en un volumen independiente, pero no como requisito para permitir esa ampliación”*. Efectivamente, la necesidad de ocupar más suelo debiera requerir algún tipo de justificación. Sin embargo, la ampliación del propio volumen de la edificación debiera requerir una justificación al menos similar a la previa, ya que este tipo de ampliación es la que más puede alterar la morfología originaria de la edificación tradicional, sobre todo si es en altura⁵¹. A pesar de que esta ampliación en altura suele ser una de las alternativas más habituales para incrementar la superficie útil, el profesor GONZÁLEZ-CEBRIÁN TELLO reconoce que la edificación tradicional no admite con facilidad este tipo de intervención⁵².

Esta interpretación dada por la DXOTU, al igual que en el caso anterior del concepto *“reforma”* parece obedecer más a un deseo (el de establecer un punto de inflexión que marque el cambio de tendencia por venir) que a la interpretación histórica teniendo en cuenta los antecedentes del texto precedente. El tiempo confirmó esta segunda hipótesis y en la actualidad, tras la reforma introducida por el artículo 13.seis de la Ley 7/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, el texto indica que *“se permitirá su reforma, rehabilitación y reconstrucción y su ampliación, incluso en volumen independiente”*. De este modo, desapareció la referencia a la necesaria justificación, facilitando un poco más el proceso de ampliación y zanjando el debate de su interpretación.

BERMÚDEZ FERNÁNDEZ entendía que el requisito legal de *“razones justificadas”* estaba en contradicción con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteradamente afirma que la licencia urbanística es un acto administrativo reglado, lo que impide que el ordenamiento contenga preceptos vagos que introduzcan elementos discrecionales en la decisión de otorgar la licencia⁵³. Podemos compartir este

⁴⁹ Dictamen 253/2016, del Consello Consultivo de Galicia en relación con el Proyecto de decreto del Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia.

⁵⁰ Expedientes CC-19/... y CP-19/..., informados el 07.03.2019 y 16.04.2019 respectivamente por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

⁵¹ Recordemos aquí que la edificación tradicional debe *“presentar un grado de conservación tal que permita apreciar sus características esenciales”*. Con mayor justificación, el resultado de las obras acometidas debiera permitir que se sigan identificando las características esenciales de la edificación tradicional originaria y que no quede desdibujada dentro de una nueva realidad constructiva.

⁵² GONZÁLEZ-CEBRIÁN TELLO, J. y FERREIRA VILLAR, M., *Guía de boas prácticas para a intervención nos núcleos rurais*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2013, p. 217.

⁵³ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., *“Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”*, cit., p. 10.

razonamiento en líneas generales, pero con matices justificados por la especificidad del objeto de análisis.

Por un lado, hablamos aquí de intervenciones sobre un tipo concreto de patrimonio arquitectónico que lo hace portador de una serie de valores culturales. La cultura tiene, por su propia naturaleza, un difícil encaje en el corsé de los textos normativos, lo que hace que muchas de las actuaciones que le afecten deban pasar necesariamente por el filtro de decisiones discrecionales, que no arbitrarias.

Por otro lado, resulta sencillo establecer una serie de aspectos concretos sobre los que acotar la posible justificación de la necesidad de la ampliación de la edificación, como pueden ser los avanzados por el CCG u otros que el legislador considere oportunos.

Establecer algún tipo de control sobre la posibilidad de ampliación de este tipo de edificaciones es una actuación perfectamente justificable desde el punto de vista de la protección del patrimonio, ya que dichas ampliaciones suelen suponer una alteración del bien a proteger. El filtro de la justificación vendría a aportar un equilibrio entre la estricta protección de la edificación tradicional y la considerable alteración que puede suponer la ampliación sobre la misma.

3.11 Incremento del 50% del volumen original

Ya hemos visto que en la redacción actual la ampliación que se permite es de hasta el 50% del volumen original, sin necesidad de justificación de ningún tipo para ello. Se trata de una modificación de gran trascendencia, por lo que consideramos que la parte fundamental de esta ampliación debe ser en volumen independiente o, como mucho, en un cuerpo adosado a una de las fachadas. En el supuesto de que el grueso de la ampliación de este volumen se realizara en altura, sería fácil que la forma final de la edificación tuviese muy poco que ver con la forma originaria. Si eso llegara a suceder, estaríamos ante una alteración sustancial del patrimonio arquitectónico tradicional a costa de la mera voluntad de los promotores de las obras, sin ningún tipo de control que lo pudiera impedir.

Aunque no del mismo modo, la enorme trascendencia también existe en el caso de que la ampliación se realice “*incluso en volumen independiente*”. En este caso no se vería alterado el elemento concreto e individualizado, como puede ser una vivienda tradicional, pero podría verse enormemente alterada la estructura del asentamiento en el que esta se encuentre, lo que sucedería si se produjese una ampliación simultánea de un gran número de edificaciones tradicionales en un asentamiento de población tradicional. E incluso más allá del aspecto físico, tanto individual de una edificación como colectivo de un asentamiento, este tipo de actuación puede suponer una importante alteración de los parámetros urbanísticos definidos en el planeamiento general para un determinado asentamiento.

En línea con estas facilidades para ampliar la edificación, la DXOTU entiende que no es un obstáculo⁵⁴, para seguir ampliando, el hecho de que la edificación tradicional

⁵⁴ Expediente CP-19/..., informado el 16.04.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

ya haya sido ampliada, aunque sin agotar el incremento del 50 %. Así lo expresa al indicar que “*nada obsta para que, en el caso de las edificaciones que no hubieran agotado con anterioridad la posibilidad ampliatoria hasta el 50 % del volumen originario de la edificación tradicional permitido por la norma, puedan hacerlo también, incluso a posteriori, como respuesta a las nuevas necesidades de espacio que hubieran surgido*”⁵⁵. Esta previsión concreta pasó recientemente a formar parte del texto del artículo 63 del RLSG.

En esta interpretación se estaba vinculando la ampliación con una “*nueva necesidad de espacio*”, pero el actual texto legal, al omitir la expresión “*por razones justificadas*”, está eximiendo por completo del requisito de justificar la razón de la ampliación.

La DXOTU también entendió en su momento que “*no se computarán las construcciones o instalaciones bajo rasante*” como incremento del volumen de la edificación tradicional originaria⁵⁶, aunque parezca más una cuestión teórica que de aplicación práctica⁵⁷. Utilizó para ello un razonamiento en torno a la definición de “*volumen*” establecida en el anexo I del RLSG, que además concreta una serie de supuestos que no computan como aumento de volumen, entre los que no se encuentran las instalaciones bajo rasante. El RLSG ha sufrido varias modificaciones después del pronunciamiento sobre esta interpretación y ninguna de ellas ha incorporado lo dicho en ella, por lo que se generan dudas relativas a su toma en consideración, como se indica en la Sentencia 28/2021, de 19 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.1 de Ourense⁵⁸.

En relación con el “*volumen originario*” de la edificación, el criterio establecido en la LSG para considerar una edificación como tradicional es que estuviese terminada antes de la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana; esto es, el 25 de mayo de 1975. Por ello, ante una edificación tradicional que hubiese sido objeto de obras de ampliación, también terminadas antes del 25 de mayo de 1975, estas ampliaciones también se

⁵⁵ Expediente CC-19/..., informado el 07.03.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

⁵⁶ Expediente CP-19/..., informado el 16.04.2019 por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

⁵⁷ Las edificaciones tradicionales suelen estar a nivel de rasante, por lo que un incremento de volumen por debajo de la propia edificación requeriría desmontar la edificación para luego volver a montarla en el mismo lugar, tras realizar una memoria de cantería que asegure volver a colocar cada elemento en su posición originaria. Cierto es que la evolución de la tecnología puede llegar a permitir la ampliación de edificaciones en profundidad sin desmontar la propia edificación, pero se trata de casos absolutamente excepcionales cuya complejidad técnica, riesgo y coste económico hacen que se desaconseje en situaciones con alternativas técnicas más razonables.

A pesar de esta interpretación de no computar el volumen bajo rasante, se trata de una actuación claramente de “*ampliación*” y el desmontaje de la edificación tradicional no entraría dentro del supuesto de demolición parcial asociada a la demolición de los elementos “*estrictamente necesarios*” para realizar las actuaciones de “*conservación*”, “*rehabilitación*”, “*reforma*” y “*reconstrucción*”, que son los únicos cuatro conceptos cuyas obras de demolición asociadas están excluidas de la definición de “*obras de demolición*” establecida en el anexo I del RLSG. Estaríamos por tanto ante una obra de “*demolición*” con la subsiguiente “*reedificación*”.

⁵⁸ En la Sentencia 28/2021, de 19 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.1 de Ourense (Procedimiento Ordinario 64/2019), se indica, en su fundamento de derecho segundo, que “*con carácter posterior a la emisión del informe de la Dirección Xeral que obra incorporado a las actuaciones, se modificó el RLSG (Decreto 92/2019, de 11 de julio) y no se estableció la exclusión del cómputo de ese volumen bajo rasante, por lo que se entiende que sí debe computarse ese volumen*”.

deben considerar dentro del volumen originario a tener en cuenta a efectos de aplicación del artículo 40⁵⁹.

También hemos visto previamente, al tratar el concepto de edificación existente (que es el objeto de cálculo del volumen para determinar el máximo ampliable) que esta debe encontrarse en un estado de conservación tal que permita apreciar sus características esenciales. En caso contrario no estaremos ante un supuesto que pueda ser subsumido en esta norma.

3.12 Anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo

A los efectos de lo previsto en el artículo 40 de la LSG, la redacción original consideró edificaciones tradicionales todas las edificaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma sobre el régimen del suelo y ordenación urbana; esto es, con anterioridad al 25 de mayo de 1975.

La conselleira de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, Beatriz Mato Otero, se pronunció sobre este aspecto en el debate de totalidad del Proyecto de ley del suelo de Galicia⁶⁰, indicando que la referencia al año 1975 se establecía “*para clarificar la definición de edificación tradicional*”, aportando así seguridad jurídica.

La elección de este momento temporal no fue pacífica, ya que el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda de modificación con la que proponía que la mención a la Ley 19/1975, de 2 de mayo, se sustituyese por la mención a la Ley de 12 de mayo de 1956⁶¹. Por su parte, el Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego propuso directamente la supresión del último párrafo⁶², que establece, a los efectos de este artículo, esta forma concreta de identificación de la edificación tradicional. Lo hizo tras el debate de totalidad del Proyecto de ley del suelo de Galicia en el que se pronunció en el sentido siguiente: “*Consideramos que no tiene ningún sentido que sean consideradas como construcciones tradicionales todas aquellas construidas antes del año 1975, porque, si hacemos un inventario de muchas de las viviendas que se construyeron antes del año 1975, no tienen nada que ver con nuestra tipología tradicional. La tipología tendrá que ver con las características de la construcción, no con el año. Muchas de estas viviendas descontextualizadas que hay por nuestro rural fueron precisamente construidas antes del año 1975, y ustedes quieren consagrar ese modelo*”⁶³.

En este debate celebrado el 24 de noviembre de 2015, ya el Grupo Parlamentario Socialista, a través del diputado SÁNCHEZ BUGALLO, reprochó la falta de una mayor

⁵⁹ Expedientes CC-17/... y CP-19/..., informados el 12.09.2017 y 16.04.2019 respectivamente por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

⁶⁰ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.131, IX Legislatura. Sesión plenaria de 24 de noviembre de 2015, p. 13. (“*Otro de los instrumentos que la ley fomenta para darle un impulso al rural y a la rehabilitación; es decir, rehabilitar construcciones ayuda a frenar la dispersión y contribuye a aprovechar lo ya construido y, en definitiva, revitalizar el rural. Y con este objetivo la nueva ley clarifica la definición de edificación tradicional, pasando así a considerarse como edificación tradicional aquella anterior al año 1975*”).

⁶¹ *Boletín Oficial del Parlamento de Galicia* n.563, IX Legislatura, de 1 de diciembre de 2015, p. 131280.

⁶² *Boletín Oficial del Parlamento de Galicia* n.563, IX Legislatura, de 1 de diciembre de 2015, p. 131302.

⁶³ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.131, IX Legislatura. Sesión plenaria de 24 de noviembre de 2015, p. 19.

concreción del precepto que impidiera considerar tradicional “*casas de estilo tirolés*” construidas por emigrantes retornados de Suiza⁶⁴.

No faltaron tampoco los intentos de aumentar aún más el número de edificaciones consideradas tradicionales a los efectos de este precepto. En este sentido, podemos citar la enmienda a la totalidad, del Proyecto de Ley del suelo de Galicia, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, que proponía que “*debería ampliarse las edificaciones que pueden considerarse de carácter tradicional, teniendo en cuenta la coincidencia de las construidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, pero que respeten la tipología originaria del lugar*”⁶⁵. No obstante, esta postura choca ligeramente con la mantenida por el propio Grupo Parlamentario Mixto en el debate y votación del dictamen, elaborado por la Comisión 2.ª, Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente y Servicios, del Proyecto de Ley del suelo de Galicia. En esta ocasión la diputada MARTÍNEZ GARCÍA le reprochó al Grupo Parlamentario Popular la imposición de su definición unilateral del concepto de edificación tradicional, construida antes de 1975, para lo que utiliza el argumento de que “*existen auténticas animaladas y aberraciones construidas antes del año 1975 que no tienen nada que ver con nuestro país y que, sin embargo, el Partido Popular las va a considerar tradicionales*”⁶⁶. Este reproche iba en la línea del reproche ya manifestado en el debate de totalidad del Proyecto de ley del suelo de Galicia, en el que advirtió que faltaba, “*como ya dijimos todos los grupos de la oposición, la definición de la vivienda tradicional, que no puede estar ligada simplemente al año de construcción*”⁶⁷.

BERMÚDEZ FERNÁNDEZ considera que esta definición de la edificación tradicional hecha exclusivamente con referencia a una fecha aleatoria se hace de una forma inmotivada y sin la justificación adecuada⁶⁸. Este déficit ya lo apreciaba y ponía de manifiesto el diputado SÁNCHEZ BUGALLO en el debate de totalidad del Proyecto de ley del suelo de Galicia cuando le preguntaba a la conselleira: “*¿No es posible decir algo más sobre esto concretando algo más, de alguna forma?*”⁶⁹.

La referencia final a la Ley 19/1975, de 2 de mayo, fue una de las novedades más destacables y controvertidas en la nueva redacción del artículo, ya que hasta el momento las edificaciones subsumidas en el artículo eran las consideradas tradicionales basándose en los conocimientos técnicos de los profesionales expertos en edificación fundamentalmente residencial, esto es, principalmente arquitectos o arquitectos técnicos. Pero esa controversia se acentuó aún más con la aprobación del RLSG, al indicar en el artículo 33.1, como uno de los requisitos para determinar la tipología

⁶⁴ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.131, IX Legislatura. Sesión plenaria de 24 de noviembre de 2015, p. 24.

⁶⁵ *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* n.550, IX Legislatura, de 11 de noviembre de 2015, p. 128819.

⁶⁶ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.140, IX Legislatura. Sesión plenaria de 9 de febrero de 2016, p. 12.

⁶⁷ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.131, IX Legislatura. Sesión plenaria de 24 de noviembre de 2015, p. 30.

⁶⁸ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, cit., p. 6.

⁶⁹ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.131, IX Legislatura. Sesión plenaria de 24 de noviembre de 2015, p. 24.

tradicional de las edificaciones, que estas sean identificables en las fotografías aéreas del “vuelo americano” del año 1956.

La inclusión en la ley de la referencia al año 1975 para establecer el carácter tradicional de las edificaciones suponía en muchos casos, con toda seguridad, una cierta contradicción con el concepto ya consolidado de edificación tradicional. Por ello, el artículo 13.seis de la Ley 7/2019, de 23 de diciembre, introdujo el inciso final “*con independencia de su tipología*”, para aclarar la contradicción existente, de raíz dentro del propio texto legal pero sobre todo posteriormente, entre la ley y el reglamento que la desarrolla.

Este cambio en la forma de identificación de las edificaciones tradicionales lleva aparejado un cambio en los medios de acreditación. El artículo 63 del RLSG regula las edificaciones existentes de carácter tradicional y en su párrafo último indica que por edificación se entiende aquella que estuviese terminada en la fecha indicada, pudiendo acompañarse, para acreditar tal extremo, cualquier medio de prueba admisible en derecho.

El artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, indica que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. En esta norma, en el artículo 299, encontramos los medios de prueba de los que se puede hacer uso en juicio, que son interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos.

Estos son los medios de prueba que la DXOTU estima como válidos según las respuestas a varias consultas realizadas en relación con la interpretación del artículo 40 de la LSG⁷⁰.

El pretendido anhelo de clarificar la definición de edificación tradicional no ha hecho más que abrir nuevas incertidumbres, como la que plantea BERMÚDEZ FERNÁNDEZ⁷¹ en relación con una edificación de tipología tradicional en núcleo rural tradicional, con licencia de obras anterior al 25 de mayo de 1975, pero sin alcanzar la total terminación antes de esta fecha.

4 La interacción con las previsiones establecidas en las normativas sectoriales

El artículo 8.uno de la reciente Ley 4/2021, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas, modificó el artículo 40 de la LSG con la adición de un nuevo párrafo final. Su redacción es la siguiente: “*Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las previsiones establecidas en las normativas sectoriales que resulten de aplicación*”.

⁷⁰ Expedientes CC-16/... y CP-19/..., informados el 09.01.2017 y 16.04.2019 respectivamente por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

⁷¹ BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, cit., p. 7.

La redacción de este nuevo párrafo bien podría hacernos creer que se encuadra en la línea expansiva de la última modificación que sufrió este artículo con la adición de la frase “*con independencia de su tipología*” (introducida por el artículo 13.6 de la Ley 7/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas), que venía a confirmar la línea marcada en el año 2016 con la referencia al año 1975 para la identificación de las edificaciones tradicionales, al margen de cualquier valor patrimonial. Ello es así porque la expresión “*sin perjuicio de las previsiones establecidas en las normativas sectoriales*” nos recuerda enormemente a la cláusula “*sin perjuicio de terceros*” utilizada tradicionalmente en las licencias de obra.

Como indica el profesor LÓPEZ MENUDO, esta cláusula “*ha operado históricamente como una garantía implícita –una «conditio iuris»– a favor de quienes tienen títulos otorgados o derechos reconocidos, frente a la concesión de nuevos derechos, autorizaciones o privilegios que vienen a perturbar las situaciones consolidadas con anterioridad. Paulatinamente, el sentido de dicha garantía ha ido transformándose hasta el punto de haberse convertido en una excusa liberatoria que facilita a la Administración evadirse de mediar en el conflicto «interprivatos» generado, precisamente, por el otorgamiento del nuevo título administrativo e incluso en una pretendida causa de exoneración de responsabilidad*”.

De este modo, pudiera parecer que algo similar sucede con la adición de este nuevo párrafo final del artículo 40 de la LSG, con cuya redacción, lejos de garantizar la unidad de acción con otras normas referidas a la protección del patrimonio arquitectónico tradicional, se pretendería marcar distancia con ellas para no tener que afrontar la falta de armonía entre conceptos similares de normas distintas. Se trataría de una interpretación poco razonable en una norma que incluso ha provocado modificaciones en otras normativas sectoriales, como es el caso de la disposición final primera del Decreto 92/2019, de 11 de julio, por el que se modifica el Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia. Esta disposición final modificó el Decreto 66/2016, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de carreteras de Galicia, cuyo artículo 143 permite, como regla general, las obras de mantenimiento, conservación y rehabilitación de edificaciones existentes entre la calzada y la línea límite de edificación, pero solo en casos excepcionales (en supuestos de interés público o social) las obras de rehabilitación estructural. Pues bien, esta disposición final primera del Decreto 92/2019, de 11 de julio, añade un párrafo a este artículo en el que se dice que tendrán la consideración de supuestos de interés social las obras de rehabilitación estructural en las edificaciones existentes de carácter tradicional definidas en el artículo 40 de la LSG.

Por el contrario, con la inclusión de esta cláusula, “*sin perjuicio de las previsiones establecidas en las normativas sectoriales que resulten de aplicación*”, el legislador ha pretendido acotar los límites de su ámbito de aplicación en una “*muestra de respeto a otra normativa sectorial que pueda ser de aplicación, tanto estatal como autonómica*”. Esta es la interpretación que se ha acordado en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado–Comunidad Autónoma de Galicia,

que se constituyó el 22 de julio de 2020 con el objetivo de analizar las discrepancias competenciales tras la modificación del artículo 40 de la LSG por el artículo 13.6 de la Ley 7/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

Esta última cláusula incorporada al artículo 40 de la LSG ha venido motivada por un posible conflicto competencial con la Administración general del Estado, en concreto con la normativa estatal de costas. No obstante, las explicaciones dadas indican expresamente que la correcta interpretación dentro del respeto a otra normativa sectorial que pueda ser de aplicación es aplicable tanto para la normativa estatal como a la autonómica. De este modo, podríamos estar ante un punto de inflexión –aunque forzado– en las modificaciones de carácter expansivo que se habían incorporado desde la entrada en vigor de la actual LSG. Eso podría significar un cierto acercamiento a la línea de actuación marcada tiempo atrás por la Xunta de Galicia en el *Libro blanco de la cultura en Galicia*, del año 1994, que pretendía que las distintas administraciones se estructurasen en una dinámica común de protección del patrimonio etnográfico⁷².

5 Fomento de la recuperación del patrimonio construido

En los distintos aspectos que hemos estado analizando en este artículo hemos podido apreciar una flexibilización de los requisitos relacionados con las obras a realizar en las edificaciones tradicionales. Esta flexibilización es vista en la actualidad como una forma de fomentar la recuperación del patrimonio construido y el mantenimiento de las edificaciones existentes frente a la proliferación de nuevas edificaciones.

Este punto de vista es el que se desprende de numerosas consultas⁷³ resueltas por la DXOTU. A modo de ejemplo, traemos aquí un extracto de una de esas respuestas, de 16 de abril de 2019, que indica que “*este régimen excepcional, que difiere del régimen general que se prevé para las nuevas edificaciones en suelo rústico o en suelo de núcleo rural, constituye uno de los mecanismos que la nueva normativa urbanística contempla entre las medidas para fomentar la recuperación del patrimonio construido y del mantenimiento de las edificaciones existentes, frente a la proliferación de las nuevas edificaciones*”.

La citada flexibilización de requisitos ha tenido lugar a la vez que se ha ampliado el ámbito de aplicación del artículo 40 de la LSG. Esta nueva función que se le asigna al artículo 40 de la LSG ya no es exactamente la misma para la que fue creado con la aprobación de la Ley 15/2004, que era la de “*conservar, recuperar y poner en valor el patrimonio natural y cultural de nuestro territorio*”.

Todo este proceso de cambio se ha realizado sin una explicación en la exposición de motivos de la nueva norma, cosa que habría sido muy deseable para comprender e interpretar con más fundamento la actual regulación. El caso lo merece, ya que

⁷² VV. AA., *A cultura en Galicia. 1994-1997*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, p. 79.

⁷³ Expedientes CC-18/..., CC-19/..., CC-19/..., CC-19/... y CP-19/... informados el 26.03.2018, 07.03.2019, 22.04.2019, 01.10.2019 y 16.04.2019 respectivamente por la directora general de Ordenación do Territorio e Urbanismo.

se trata de un artículo de mucha relevancia para el medio rural, que tiene muchas posibilidades de futuro si se acierta en las medidas a tomar.

6 La prohibición de demolición de edificaciones de valor histórico o etnográfico

Se trata de una previsión muy relacionada con el artículo 40 de la LSG, aunque se encuentra fuera de él. No obstante, esa íntima vinculación hace que merezca la pena analizar las modificaciones que también ha sufrido.

En el texto original de la LOUGA la mención de mayor relevancia, relativa a las edificaciones tradicionales, era la prohibición de demolición de edificaciones de valor histórico o etnográfico, que encontramos en los artículos 26 y 42 referidos al suelo de núcleo rural y al suelo rústico.

Con la aprobación de la LSG la previsión se mantuvo para el núcleo rural, en el artículo 26.1.g), e incluso se incorporó la prohibición de demolición de muros tradicionales, en el artículo 26.1.e), pero desapareció la referencia establecida para el caso del suelo rústico. Esta apreciación ya la realizó la diputada PONTÓN MONDELO, por el Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego, en el debate de totalidad del Proyecto de ley del suelo de Galicia. Su reflexión concreta fue la siguiente: “*Se desprotege una parte muy importante de nuestro patrimonio arquitectónico tradicional. Nosotros creemos que la previsión que había en la legislación, que no permitía derribar mucho de nuestro patrimonio tradicional, permitió conservar joyas de nuestro patrimonio, y ustedes eliminan esta previsión*”⁷⁴.

Llama así la atención que, a la vez que se hace extensiva la regulación del artículo 40 para el núcleo rural (inicialmente lo era solo para el suelo rústico), se elimine la prohibición de demolición de edificaciones de valor histórico o etnográfico en el suelo rústico⁷⁵.

7 Conclusión

El artículo 40 de la LSG cuenta con numerosos conceptos indeterminados o de difícil determinación. Tras el análisis de muchos de ellos, hemos destacado la importancia de que la edificación cuente con un estado de conservación tal que permita apreciar sus características esenciales, es decir, las propias de la tipología edificatoria que singularizan el edificio y definen su esencia. Se trata de un requisito que funciona como una garantía de que las edificaciones se conserven –en lo posible– para poder beneficiarse de este régimen excepcional. Pero también es un requisito de cara a las futuras actuaciones sobre la edificación, ya que cualquier intervención que suponga

⁷⁴ *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia* n.131, IX Legislatura. Sesión plenaria de 24 de noviembre de 2015, p. 19.

⁷⁵ Debemos recordar aquí que la demolición no es una de las actuaciones permitidas por el artículo 40 de la LSG. Lo que se permite es “*la demolición de los elementos estrictamente necesarios para realizar las actuaciones de conservación, rehabilitación, reforma y reconstrucción, siempre que se realicen simultáneamente en el mismo proyecto de obra*”, ya que en estos casos la actuación no tiene la consideración de demolición parcial según la definición de “*obras de demolición*” del anexo 1 del RLSG.

la retirada de partes esenciales de esta debe contar necesariamente con una justificación. El máximo exponente de este requisito es la prohibición de sustitución de la edificación antigua por una nueva, aunque sea del mismo volumen. Por ello, lamentamos que esta prohibición no figure expresamente en el texto de la ley, ya que sin duda ayudaría a evitar la destrucción del patrimonio arquitectónico tradicional.

Una cuestión relevante de entre las analizadas es la posibilidad de ampliación de la edificación, que puede ser tanto en el mismo cuerpo como en volumen independiente. Entendemos que la ampliación en volumen independiente es claramente la más respetuosa con la edificación tradicional, debido al porcentaje de volumen que se puede incrementar (hasta el 50 %), la drástica alteración que ello puede suponer para la morfología originaria y la ausencia de necesidad de justificación de ningún tipo para su ejecución. Consideramos, en este sentido, que el incremento en altura debe estar relacionado con la necesidad de aumentar la altura libre entre suelo y techo, pero no con la adición de nuevas plantas altas.

Muchos de los conceptos de la actual redacción son novedosos en relación con el texto originario. Es el caso de la extensión de sus efectos a las edificaciones en suelo de núcleo rural, el traspaso de competencias de la Administración autonómica a la Administración local o la incorporación de nuevos usos permitidos, como son los usos terciarios, productivos o pequeños talleres, para equiparlos con los usos que ya estaban siendo permitidos en el suelo de núcleo rural. Esta equiparación es la que nos permite sostener la afirmación de que están permitidos ciertos usos industriales, en concreto los industriales compatibles con residencial. Se trata de una combinación de usos nada ajena a nuestra historia, como puede ser la íntima vinculación que existía antaño entre viviendas, molinos, fraguas o carpinterías de ribera, por ejemplo. Por otro lado, se trata de una combinación de usos que nos va a seguir acompañando en el futuro en el medio rural, en consonancia con los pretendidos modelos ideales de “ciudades de proximidad” o “ciudades de los 15 minutos”.

Algún nuevo concepto ha pasado casi desapercibido, como la incorporación de la “reforma” entre las actuaciones permitidas. Por el contrario, la referencia a fecha de entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, ha generado una gran confusión a pesar de que se ha justificado en una pretendida seguridad jurídica. No obstante, la confusión está relacionada con la ruptura que supone con la tradición –nunca mejor dicho– y con los criterios empleados en los numerosos trabajos realizados por expertos en la materia para identificar las edificaciones tradicionales de nuestra tierra. Esta referencia al año 1975 en realidad ha sido una solución intermedia de entre las surgidas en los debates parlamentarios, cuyas propuestas se movieron entre la vuelta a la referencia al año 1956 o la ampliación aún más para amparar edificaciones posteriores al año 1975 pero que “respeten la tipología originaria del lugar”.

De ser necesario el establecimiento de una fecha concreta para identificar las edificaciones tradicionales, son múltiples las razones que hacen más aconsejable la referencia al año 1956 que la del año 1975.

Regap



ESTUDIOS

Una cuestión de especial relevancia, a pesar de que no pertenece al concreto artículo 40 de la LSG, es la desaparición, en el texto de la ley, de la prohibición de demolición de las edificaciones tradicionales en suelo rústico. Se mantiene para el núcleo rural pero la previsión para el suelo rústico pasa a estar contemplada en el RLSG, lo que supone una diferenciación injustificada.

La conclusión final del análisis de estos conceptos –tanto de los originarios como de los numerosos que incorporan cambios con relación a la regulación originaria– es que se ha procedido a flexibilizar las medidas de protección y recuperación del patrimonio arquitectónico tradicional para dar lugar a una regulación centrada en la recuperación del patrimonio construido. Haberlo hecho sin una explicación, con una redacción bastante parecida a la precedente y utilizando el mismo ordinal, es una suma de factores ideal para provocar una multiplicidad de interpretaciones, lo que juega en contra de una real y efectiva protección del patrimonio arquitectónico tradicional.

No son pocas las interpretaciones de esta norma en las que tiene cabida la destrucción total de la edificación tradicional existente para construir en su lugar una edificación completamente nueva. LLANO ya se pronunció sobre este fenómeno en el año 1982, en el número 11 del *Boletín* de la Comisión de Cultura del Colegio de Arquitectos de Galicia, diciendo que “*hablar de destrucción del patrimonio artístico, de la lengua o de las tradiciones y costumbres populares no es novedad en Galicia. Todos aquellos elementos sobre los que se asienta nuestra identidad nacional vienen siendo sistemáticamente agredidos, sin que nadie haga nada por evitarlo*”.

Bibliografía

- ALMARCHA NÚÑEZ-HERRADOR, E., “El descubrimiento y la puesta en valor de la arquitectura popular: de Fernando García Mercadal a Luis Feduchi”, Biel Ibáñez, M.P. y Hernández Martínez, A. (coords.), *Lecciones de los maestros. Aproximación histórico-crítica a los grandes historiadores de la arquitectura española (Seminario Celebrado en Zaragoza los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2009)*, Instituto “Fernando El Católico”, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2011.
- ASENSIO RODRÍGUEZ, A., DOMÍNGUEZ VIÑAS, R. y RUIZ TRUEBA E., *Miradas a la arquitectura Popular Española. Colección fotográfica de Carlos Flores*, Fundación Siglo para el Turismo y las Artes de Castilla y León, Valladolid, 2017.
- BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A.L., “Las edificaciones tradicionales en el artículo 40 de la Ley del Suelo de Galicia 2/2016, de 10 de febrero. Reflexiones sobre su interpretación”, *REDAS: Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, n. 2, 2018.
- CAAMAÑO SUÁREZ, M., *A casa popular*, Cadernos Museo do Pobo Galego, Santiago de Compostela, 1999.
- CAAMAÑO SUÁREZ, M., *As construcións da arquitectura popular*, Consello Galego de Colexios de Aparelladores e Arquitectos Técnicos, A Coruña, 2003.
- CARRIÓN GÚTIEZ, A. (coord.), *Plan Nacional de Arquitectura Tradicional*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2015.

- CERQUEIRA, F., “Estudos da arquitectura lusa. Das Arquitecturas Populares Tradicionais”, *Observe Magazine*, n. 13, enero 2020.
- CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA, “Doctrina del año 2018 de la Sección de Estudios e Informes, Informe CCG 136/2018”, *Consello Consultivo de Galicia. Memoria 2018*, Consello Consultivo de Galicia, Santiago de Compostela, 2019.
- GONZÁLEZ-CEBRIÁN TELLO, J. y FERREIRA VILLAR, M., *Guía de boas prácticas para a intervención nos núcleos rurais*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2013.
- LLANO CABADO, P. de, “Pedre catro ano despois”, *Boletín da Comisión de Cultura do Colexio de Arquitectos de Galicia*, n. 11, 1982.
- LLANO CABADO, P. de, *Arquitectura popular en Galicia*, Publicacións do Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia, Santiago de Compostela, 2019 (ed. rev.).
- LORENZO FERNÁNDEZ, X., *Etnografía. Cultura material*, Ediciones Boreal, A Coruña, 2013.
- MUÑOZ COSME, A., “La Arquitectura Tradicional. Paisaje cultural, historia social y patrimonio inmaterial”, Muñoz Cosme, A. (dir.), *Libro colectivo: Patrimonio Cultural de España. N. 8. Arquitectura Tradicional. Homenaje a Félix Benito*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2014.
- PRIMO LLÁCER, A.M., *La servidumbre de luces y vistas*, tesis doctoral (G. Guizzi / tutor, M.E. Clemente Meoro / yutor y director, y J. Estruch Estruch / Director), Universidad de Valencia y Università Degli Studi di Napoli Federico II, Valencia, 2015.
- TORRES BALBÁS, L., *La vivienda popular en España, 1930*. Acceso web: <http://oa.upm.es/34265/>.
- VV. AA., *A cultura en Galicia. 1994-1997*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994.

Regap



ESTUDIOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 409-430
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4759>
© Sabela Pardo Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 13/05/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os condominios no Dereito comparado e no Dereito urbanístico galego

Los condominios en el Derecho comparado y en el Derecho urbanístico gallego

61 Regap

Condominiums in comparative law and in Galician urban law

Regap



ESTUDIOS

SABELA PARDO RODRÍGUEZ
Funcionaria del Cuerpo Superior de la Administración General
Xunta de Galicia

sabela.pardo.rodriguez@xunta.gal

Resumo: As urbanizacións pechadas naceron nos Estados Unidos e en poucos anos comezaron a proliferar por toda América Latina. En España o momento álxido dos condominios foron os anos 60 do século XX, ao abeiro da Lei do solo de 1956. En Galicia, aínda que existen varios exemplos de condominios, o máis paradigmático é o da illa de Toralla en Vigo, autorizado nesa época. Na actualidade é posible atopar na nosa comunidade autónoma normas urbanísticas de ámbito local e carácter regulamentario que permiten expresamente a construción de condominios.

Palabras clave: Condominios, urbanizacións privadas, urbanizacións pechadas, complexos inmobiliarios privados, vías públicas, vías privadas, equipamentos comúns.

Resumen: Las urbanizaciones cerradas nacieron en los Estados Unidos y en pocos años comenzaron a proliferar por toda América Latina. En España el momento álgido de los condominios fueron los años 60 del siglo XX, al amparo de la Ley del suelo de 1956. En Galicia, aunque existen varios ejemplos de condominios, el más paradigmático es el de la isla de Toralla en Vigo, autorizado en esa época. En la actualidad

es posible encontrar en nuestra comunidad autónoma normas urbanísticas de ámbito local y carácter reglamentario que permiten expresamente la construcción de condominios.

Palabras clave: Condominios, urbanizaciones privadas, urbanizaciones cerradas, complejos inmobiliarios privados, viales públicos, viales privados, equipamientos comunes.

Abstract: Gated communities were born in the United States of America and in a few years began to proliferate throughout Latin America. In Spain their peak was the 60s of the 20th century, under the Land Use Act of 1956. In Galicia, although there are several examples of gated communities, the most paradigmatic is the island of Toralla in Vigo, authorized at that time. Nowadays it is possible to find in our Autonomous Community urban planning regulations of a local and regulatory nature that expressly allow the construction of gated communities.

Key words: Private communities, gated communities, walled communities, public roads, private roads, shared amenities.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Los condominios en el Derecho comparado. 2.1 Las *gated communities* estadounidenses. 2.2 Los condominios horizontales cerrados y los *loteamentos fechados* en el Brasil. 2.3 Los condominios en Chile. 2.4 Los *countries* en la Argentina. 2.5 Principales reflexiones extraídas del análisis de la figura de los condominios en el Derecho comparado. 3 Perspectiva histórica de los condominios en el ordenamiento jurídico de España con especial mención al caso gallego. 3.1 Los años cincuenta del siglo XX. 3.2 Los años sesenta del siglo XX. 3.3 Los años setenta del siglo XX. 3.4 Los años ochenta del siglo XX. 3.5 Los años noventa del siglo XX. 3.6 Las dos primeras décadas del siglo XXI. 4 Los condominios en el ordenamiento jurídico gallego. 5 Conclusiones.

1 Introducción

El término condominio encuentra sus raíces en el Derecho privado, definiendo la situación en la que varios propietarios comparten un bien común indivisible de forma física o tangible que, sin embargo, se divide de forma legal con las denominadas cuotas que corresponden a cada propietario¹. El concepto pasó al Derecho público, en concreto al del Derecho administrativo en su especialidad de urbanismo, para designar las urbanizaciones privadas.

La forma paradigmática de los condominios viene constituida por las *gated communities* estadounidenses², fórmula que se extendió a buena parte de América Latina y que en menor medida llegó también a España, aunque en este último caso mediante interpretaciones de la legislación aplicable no exentas de polémica. En el caso gallego existen normas urbanísticas administrativas de rango reglamentario y ámbito local que reconocen expresamente la figura del condominio, con las matizaciones que se explicarán a lo largo de este artículo tras un análisis previo a la regulación de los condominios en el Derecho comparado. Asimismo, además de centrar la atención en el Derecho administrativo, se hará una breve mención a su regulación en el derecho civil, ya que ambos aspectos se encuentran estrechamente interrelacionados, considerando que la legalización y regulación de los condominios desde el derecho

¹ La palabra "condominio" procede de los términos latinos *cum* (conjuntamente) y *dominium* (dominio).

² Aunque *gated community* es la denominación más frecuente en la literatura jurídica de las urbanizaciones cerradas estadounidenses, también se emplea el término *condominium*. Sin embargo, este último es más habitual para denominar los edificios en altura en régimen de propiedad horizontal con equipaciones en común (como gimnasio o piscina).

civil ha condicionado en buena parte que el legislador también los tuviese en cuenta desde la perspectiva del Derecho administrativo.

2 Los condominios en el Derecho comparado

2.1 Las *gated communities* estadounidenses

Las urbanizaciones cerradas surgieron en los Estados Unidos de América en los años cincuenta del siglo XX³ como respuesta primero de la ciudadanía más adinerada y después de las clases medias al crecimiento de las tasas de delincuencia, aunque en algunos puntos del país su aparición se debió únicamente al deseo expreso de aislarse de grupos étnicos distintos (no caucásicos), sin que la convivencia mixta causara grandes problemas de delincuencia. En el caso de las clases sociales más altas, los condominios contaban además con atractivos exclusivos, como campos de golf u otros equipamientos de lujo, incluyendo por tanto la motivación para sus residentes de hacer constar su elevado estatus social.

Las notas características y comunes son: perímetro vallado (con cierre de distintas formas, desde vegetal hasta metálico), vigilancia (con una persona encargada de estas funciones o mediante cámaras u otras medidas de seguridad) y acceso controlado. A pesar de ser posible encontrar *gated communities* en las áreas metropolitanas de todo el país, el mayor número de ellas se concentra en el denominado *Sun Belt* (Florida, California, Texas y otros territorios limítrofes).

Jurídicamente se sustentan en un pacto privado entre propietarios del suelo (*private covenant*, que se materializa en unos estatutos de la comunidad denominados *covenants, conditions and restrictions*) con carácter real (*running with the land*). Estos propietarios sustentan una cuota (*assessment*) sobre los elementos comunes y se integran en una asociación denominada *homeowner's association*⁴. Como se puede apreciar, desde la perspectiva del derecho civil⁵ estamos ante un régimen muy similar al regulado en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

³ No obstante, algunos autores señalan que el verdadero origen de los condominios cerrados en los EE. UU. se encuentra en el suburbio de Llewellyn Park, fundado en el año 1853 en New Jersey. Esta corriente doctrinal considera, en general, que los primeros condominios cerrados son las urbanizaciones que se construyeron en el siglo XIX en distintos países como experimentos de los urbanistas de la época (los *common interest housing developments* en Gran Bretaña o las ciudades jardín en el mismo país y en los EE. UU. basándose en el modelo ideado por Ebenezer Howard). Sin embargo, en opinión de la corriente doctrinal a la que se suscribe este artículo, los condominios cerrados como tales surgen en la segunda mitad del siglo XX obedeciendo a motivaciones distintas. En concreto, desde la perspectiva de los compradores, a un deseo de seguridad, de mostrar cierto estatus social y de vivir separados de grupos étnicos distintos (fundamentalmente, de latinos y afroamericanos), en algunos casos vinculados además al disfrute de equipamientos exclusivos como campos de golf o instalaciones de equitación. Desde la perspectiva de los vendedores –promotoras inmobiliarias–, la motivación principal sería el descubrimiento de un nuevo y rentable nicho de negocio.

⁴ CALLIES, D.L., FRANZESE, P.A. y GUTH, H.K., "Urbanizaciones 'encerradas', pactos y problemas", *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002, pp. 473-490.

⁵ Hay que señalar que las materias Derecho Civil y Derecho Administrativo de los regímenes jurídicos derivados del *Common Law* no se corresponden con exactitud en muchos aspectos con las de los regímenes del denominado Derecho Continental, pero a los efectos que nos ocupan no precisamos profundizar en tales distinciones.

En lo que se refiere a la perspectiva del Derecho administrativo, en un sistema jurídico, político y social como el estadounidense, en el que la autonomía de la voluntad frente al público representa un papel más importante que en Europa, la creación de urbanizaciones cerradas no supone un grave conflicto ni legal ni social cuando estas surgen a partir de una gran finca privada que no cuenta previamente en su interior con viales ni equipamientos públicos⁶.

2.2 Los condominios horizontales cerrados y los *loteamentos fechados* en el Brasil

Los condominios horizontales cerrados surgen en el Brasil con la construcción del Alphaville en la ciudad de São Paulo⁷ en los años setenta del siglo XX como respuesta de las clases medias y altas brasileñas a la creciente inseguridad de sus ciudades, acentuando las desigualdades sociales que arrastra el país con el marcado contraste que se crea entre favelas y condominios⁸. En las décadas siguientes, los condominios comenzarán a proliferar por todo el Brasil.

Es preciso aclarar que las urbanizaciones cerradas brasileñas adoptan dos tipologías jurídicas diferenciadas: los condominios horizontales por una parte y los denominados *loteamentos fechados* (o *murados*) por otra.

Los *loteamentos fechados* carecen de sustento legal en el ordenamiento jurídico brasileño, siendo calificados incluso de inconstitucionales. Jurídicamente los *loteamentos* (no cerrados) en el Brasil encuentran su fundamento en la Ley número 6.766, de 19 de diciembre de 1979, sobre la parcelación del suelo urbano⁹, que establece el deber de destinar a sistema viario zonas de uso común y otros equipamientos urbanos parte del área que se va a desarrollar. Se trata de una figura semejante a nuestros proyectos de equidistribución. En el caso brasileiro, desde la aprobación de la Ley de 1979 los viales y equipamientos públicos pasan a integrar el patrimonio público del municipio automáticamente desde la inscripción registral del *loteamento* (como en el ordenamiento jurídico gallego), frente al sistema anterior en el que el *loteador* tenía que realizar una donación de esos viales y equipamientos públicos¹⁰. Asimismo,

⁶ Otra cuestión distinta son los casos en que la propiedad original sobre la que se promueve la *gated community* está atravesada, por ejemplo, por un vial público preexistente que tras la construcción de la urbanización queda inutilizado para la ciudadanía ajena a aquella. Este tipo de casos son objeto de frecuente jurisprudencia, que no analizamos aquí porque obedecen a una casuística muy variada y excede el propósito del presente artículo, que es centrarse en el régimen jurídico de los condominios en nuestro ordenamiento jurídico.

⁷ CASTRO SILVA, G., GOMES REIS LOPES, W. y LIRA MONTEIRO, M.S., "Presença de condomínios horizontais e loteamentos fechados nas cidades contemporâneas: expansão e transformações do espaço urbano", *Geosul*, n. 30(59), 2015, pp. 167-187.

⁸ Considerando además que en el caso brasileño los grupos sociales separados están mucho más próximos físicamente que en otros países.

⁹ La Ley 6.766/79 es conocida popularmente en el Brasil como Ley Lehmann, en homenaje a su proponente, el abogado y senador Otto Cirilo Lehmann, quien luchó por zanjar con la mayor brevedad posible el conflicto urbano (de segregación social de la ciudad, fundamentalmente) que estaba surgiendo con las urbanizaciones cerradas. Acceso web: <https://www.conjur.com.br/2019-diez-21/ambiente-juridico-40-años-ley-parcelamiento-suelo> (9 de mayo de 2021).

¹⁰ DAL MORO, T.F. y GOMES, D., "La (i)legalidad de los condominios cerrados frente às normas de direito urbanístico", *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, n. 7(26), 2013. Acceso web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4816088> (9 de mayo de 2021).

en una modificación del artículo 22 de la Ley de 1979 que tuvo lugar en el año 2011 se incluyó el siguiente párrafo:

“En la hipótesis de parcelación de suelo implantado y no registrado, el Municipio podrá requerir, por medio de la presentación del plano de parcelación elaborado por el loteador o aprobado por el Municipio y de declaración de que la parcelación se encuentra implantada, el registro de áreas destinadas a uso público, que pasarán de esa forma a integrar su dominio”.

Por tanto, no es posible legalmente restringir el uso de los viales interiores y demás zonas de obligada cesión al municipio a la ciudadanía ajena al *loteamento*. Por ello algunos autores califican los *loteamientos fechados* como inconstitucionales, al contravenir –a mayores de la Ley 6.766/79– el artículo 5.XXIII de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, que consagra (igual que el artículo 33 de nuestra Constitución de 1978) la función social de la propiedad, así como aquellos preceptos que establecen el derecho de libre desplazamiento y el derecho de reunión.

Los condominios, por su parte, se caracterizan por que las calles, plazas, jardines y espacios libres son propiedad del condominio, que gestiona su uso, y las parcelas edificadas tienen acceso directo a estos viales privados, que, a su vez, conectan con ellas viales públicos exteriores los condominios. Su sustento legal hasta el año 2017 se encontraba en la Ley 4.591, de 16 de diciembre de 1964, sobre el condominio en edificaciones y las incorporaciones inmobiliarias, en concreto en su artículo 8, que permitía construir más de una edificación en terrenos no edificados, sin ningún deber legal de cesión de viales y espacios libres al municipio como en los *loteamientos*¹¹. No obstante, no se trataba de una regulación rigurosa, entre otros motivos por su carácter previo al surgimiento de los condominios cerrados en el Brasil. En el año 2002 el nuevo Código civil brasileño reguló en los artículos 1.331 y siguientes el denominado *condominio edilício* (siendo modificado en los años 2004 y 2012). Una de las críticas –que no la única ni la más importante– a esta doble regulación se basaba en el hecho de tratarse de normas de derecho civil y no de Derecho administrativo (por el contrario, la mencionada Ley 6.766/79 sí es una norma administrativa). En cualquier caso, el 11 de julio de 2017 se aprobó la Ley número 13.465¹² (que además introdujo un nuevo precepto en el Código civil de 2002, el número 1.358-A), creando un nuevo concepto, el *condominio de lotes*. A partir de este momento los condominios horizontales cerrados cuentan con una legislación más sólida, aplicándose de forma subsidiaria la Ley 6.766/79 (excepto en preceptos incompatibles, como la cesión al municipio de los viales y espacios libres, que en esta nueva tipología son siempre

¹¹ Aunque en este artículo estamos haciendo referencia a los *loteamientos* tradicionales y a los condominios horizontales cerrados, existe una tercera modalidad mixta en la que las autoridades municipales autorizan a los propietarios del condominio a proceder a la identificación de toda persona que pretenda entrar, pero sin denegarle la entrada por ser viales públicos.

¹² Estamos ante una norma heterogénea que “*dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União*” y modifica un considerable número de textos legales.

privados, propiedad de los condominios)¹³. Se consolida de este modo en el Brasil la segregación de la ciudad y la acentuación de las desigualdades socioeconómicas entre su ciudadanía.

2.3 Los condominios en Chile

Los condominios cerrados surgen en Chile en la segunda mitad de los años setenta del siglo XX destinados a las clases medias, aunque con el transcurrir del tiempo se fueron creando condominios para distintas clases sociales, más y menos acomodadas¹⁴.

Los primeros condominios cerrados encontraron cabida legal –aunque tampoco de manera exhaustiva– en la Ley número 16.742 de 1968¹⁵. En la actualidad están regulados por la Ley número 19.537, de 5 de diciembre de 1997, sobre copropiedad inmobiliaria. Este texto legal –que ha sufrido diversas modificaciones, la última en 2015– distingue entre dos tipos de condominios:

“Tipo A, las construcciones, divididas en unidades, localizadas en un terreno de dominio común, y

Tipo B, las fincas, con construcciones o con proyectos de construcción aprobados, en el interior de cuyos deslindes existan simultáneamente sitios que pertenezcan en dominio exclusivo a cada copropietario y terrenos de dominio común de todos ellos”.

Los condominios tipo A son los denominados condominios verticales (es decir, edificios en régimen de propiedad horizontal), mientras que el tipo B son los horizontales, objeto de este artículo.

Los condominios cerrados chilenos cuentan con las mismas notas características que los ya analizados en este artículo: perímetro cerrado, acceso controlado y vigilancia permanente o semipermanente (bien presencial, bien a través de cámaras y otros sistemas de seguridad). Asimismo, coexisten, como en el Brasil, los condominios en los cuales no se permite acceder a nadie ajeno a la urbanización con aquellos en los que los municipios únicamente les permiten a los titulares del condominio (por lo general, mediante la persona encargada de las funciones de guardia y seguridad) identificar a las personas que desean acceder a ellos, sin que se les impida la entrada excepto por motivos justificados. En cuanto a su régimen interno, cada condominio elabora su reglamento interno, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 19.537/1997.

¹³ Asimismo, la nueva Ley 13.465/2017 legaliza las situaciones en que una familia construye en uno único solar varias edificaciones aisladas para cada uno de los hijos o hijas, permitiendo que cada una de las viviendas constituya una finca registral independiente. Se trata, por tanto, de la legalización de lo que en España se denomina “propiedad horizontal tumbada” y que en este tipo de supuestos (encubrimiento de una parcelación sin contar con la preceptiva licencia) no está permitida por nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁴ HIDALGO DATTWYLE, R., SALAZAR BARROWS, A. y ÁLVAREZ CORREA L., “Los condominios y urbanizaciones cerradas como nuevo modelo de construcción del espacio residencial en Santiago de Chile (1992-2000)”, *Scripta Nova (Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales)*, n. 7, 2003. Acceso web: [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(123\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(123).htm) (9 de mayo de 2021).

¹⁵ ORREGO ACUÑA, J.A., *Ley n. 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria*. Acceso web: <https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/> (9 de mayo de 2021).

En diciembre de 2017 el Senado chileno comenzó a tramitar una nueva regulación de la copropiedad inmobiliaria, aprobando en enero de 2020 el proyecto de ley. Este texto superó en abril del mismo año el correspondiente trámite en la Comisión de Vivienda de la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile¹⁶, a pesar de que un año después continuaría aún en tramitación.

Resulta curioso observar que la figura del condominio cerrado en Chile no resulta tan polémica como en otros países del mismo continente, quizás por contar con una regulación civil más específica y detallada que el resto. Sin embargo, la controversia desde el punto del Derecho administrativo sigue estando presente, por mucho que no cause preocupación al estar regulado exhaustivamente por normas de derecho civil.

2.4 Los *countries* en la Argentina

La figura jurídica de los condominios objeto de estudio de este artículo no recibe, sin embargo, esta denominación en la Argentina, donde el calificativo habitual es lo de *barrios cerrados* o *countries* (o en singular, *country club*)¹⁷. No obstante, presentan algunas diferencias entre ellos. Los *countries* son la modalidad más exclusiva, siendo sus datos distintivos la exaltación de la vida al aire libre y los equipamientos deportivos y sociales –como canchas de deporte (tenis, pádel, fútbol...), piscina, campo de golf, equitación y centro social, entre otros–. Por el contrario, los *barrios cerrados* normalmente no cuentan con este tipo de equipamiento común, constituyendo la forma más habitual de urbanizaciones cerradas o privadas en la Argentina¹⁸.

La construcción de las urbanizaciones cerradas en el país comienza en los años ochenta del siglo XX (aunque es posible encontrar algún caso aislado a finales de los setenta), surgiendo en zonas clasificadas como “no urbanizadas”¹⁹, primero en el territorio de Buenos Aires y después en el resto de la Argentina. Sin embargo, su aparición no se debe tanto a huir de la inseguridad ciudadana como a acceder a equipamientos exclusivos y a relacionarse con otras personas de clase media-alta, aislándose de otras clases sociales. Muchos de ellos se construyen mediante la asociación de lo público y de lo privado, distribuyéndose por las ciudades y su periferia sin una planificación urbana previa.

Desde el punto de vista jurídico, su proliferación coincide, según LIBERTUN DE DUREN²⁰, con el comienzo de las políticas de descentralización de la regulación de la planificación urbana, que concede mayor autonomía a las localidades municipales en este tema. Esto no significa que los condominios surjan siempre fruto de una

¹⁶ Acceso web: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12056&prmBOLETIN=11540-14> (9 de mayo de 2021).

¹⁷ Asimismo, la dicotomía *condominios-favelas* que se produce en el Brasil, en la Argentina tiene la denominación de *countries-villas miseria*.

¹⁸ MALIZIA, M. y PAOLASSO, P., “Countries y barrios privados en Yerba Buena, Gran San Miguel de Tucumán, Argentina: nuevas formas de expansión urbana”, *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 24, n. 3(72), 2009, pp. 583-613.

¹⁹ HIDALGO DATTWYLE, R., SALAZAR BARROWS, A. y ÁLVAREZ CORREA L., “Los condominios y urbanizaciones cerradas como nuevo modelo de construcción del espacio residencial en Santiago de Chile (1992-2000)”, cit.

²⁰ LIBERTUN DE DUREN, N., “Barrios cerrados como estrategia de desarrollo municipal”, *Apuntes de investigación / Tema central: Conourbano*, n. 16/17, 2009-2010, pp. 41-54.

planificación urbanística rigurosa (puesto que en buena parte de los casos es todo lo contrario), sino que simplemente van a contar con normas de carácter local que amparen su legalidad. Por tanto, la proliferación de las urbanizaciones privadas se produce en los años noventa del siglo XX con la descentralización normativa en materia de urbanismo, a pesar de existir ya algunas desde finales de los años setenta y otras en los años ochenta.

No obstante, a pesar del crecimiento exponencial de las urbanizaciones cerradas en la Argentina al amparo de la normativa local, también sigue existiendo por otra parte normativa de carácter superior (provincial) que busca que de alguna manera cumplan una función social. En este sentido, en la provincia de Buenos Aires el 29 de noviembre de 2012 se sancionó (con publicación en octubre de 2013) la Ley 14.449 de acceso justo al hábitat, estableciendo el sometimiento de los nuevos grandes desarrollos inmobiliarios (además de otros supuestos jurídicos), entre los que se encuentran todo tipo de urbanizaciones cerradas, a la denominada “contribución obligatoria sobre la valorización inmobiliaria”, que obliga a los municipios a contar con una ordenanza que establezca una contribución obligatoria no inferior al diez por ciento de la valoración inmobiliaria del desarrollo urbanístico. Esta contribución podrá ser abonada mediante dinero efectivo o mediante cesiones de bienes inmuebles.

Esta normativa, como es fácil de apreciar, está inspirada –con inmensas diferencias– en el ordenamiento jurídico español, en concreto en la cesión del diez por ciento del aprovechamiento urbanístico de un ámbito urbanístico y en la posibilidad de su monetarización (aunque es preciso recordar, respecto a esta última, que en la normativa gallega su uso se fue restringiendo con las sucesivas reformas de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, hasta convertirse en anecdótica en la vigente Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia). Asimismo, la norma prevé un régimen inspirado –también con abismales diferencias– en nuestro Registro de Solares, para aquellos solares que no se edifiquen en determinado plazo.

Por tanto, podemos concluir que en el caso argentino la proliferación de las urbanizaciones cerradas se debe fundamentalmente a un deseo de vivir en tranquilidad, fuera del ajetreo de los cascos urbanos y la adquisición de un cierto estatus social, más que a evitar la delincuencia. Desde el punto de vista jurídico, el análisis de las urbanizaciones cerradas en la Argentina nos lleva además a dos conclusiones: el no empleo del término *condominio* como en los países del entorno y la regulación fundamental por el Derecho administrativo de ámbito local (frente a la regulación mayoritariamente del derecho civil de otros países latinoamericanos, y aunque estas normas civiles chocan en algunos casos con normas de su Derecho administrativo, pero siempre con un ámbito espacial más amplio, estatal o federal), aunque existen normas de ámbito superior (provincial) que buscan que la propiedad cumpla de alguna manera una función social, aunque no lleguen a limitar el hecho de que las urbanizaciones queden cerradas.

2.5 Principales reflexiones extraídas del análisis de la figura de los condominios en el Derecho comparado

En el informe *Urbanization and development. Emerging futures* publicado por la ONU-Hábitat en el año 2016 se afirma que, “socialmente, el modelo de urbanización genera múltiples formas de desigualdad, exclusión y carencias, lo que crea desigualdades espaciales y ciudades divididas, frecuentemente caracterizadas por urbanizaciones cerradas y áreas de chabolismo”. En el documento se hace mención a los principales lugares del mundo en los que se está produciendo este fenómeno: en el mundo anglosajón, en los Estados Unidos (en el año 2007 existían cerca de siete millones de hogares dentro de veinte mil *gated communities*) e Inglaterra (con más de un millar de condominios en el año 2004, sobre todo cerca de Londres y en el sureste del país); en América Latina, las ciudades de Santiago de Chile y Buenos Aires; y en África, las ciudades de Johannesburgo, Nairobi y Lagos.

En el presente artículo nos hemos detenido más en el análisis de los condominios de los países que cumplían con dos requisitos: contar con ordenamientos jurídicos semejantes al nuestro y con un número significativo de urbanizaciones cerradas (a mayores se analizó el caso de los Estados Unidos, por constituir el germen de los condominios). Argentina, Chile y Brasil cumplen notoriamente con las dos condiciones²¹. Sin embargo, como señaló el sociólogo polaco-británico ZYGMUNT BAUMAN²² –en la misma línea que el informe de la ONU–, las urbanizaciones cerradas no son un fenómeno exclusivo de América Latina, sino que “la misma tendencia prevalece en todos los continentes. Se trata de otro intento desesperado de separarse de la vida incierta, desigual, difícil y caótica de “afuera”. [...] Cercarse en una “comunidad cerrada” no puede sino significar también excluir a todos los demás de los lugares dignos, agradables y seguros, y encerrarlos en sus barrios pobres. En las grandes ciudades, el espacio se divide en “comunidades cerradas” (guetos voluntarios) y “barrios miserables” (guetos involuntarios). El resto de la población lleva una incómoda existencia entre esos dos extremos, soñando con acceder a los guetos voluntarios y temiendo caer en los involuntarios”.

Las principales conclusiones que podemos extraer del análisis de los condominios en América desde una perspectiva jurídica son las siguientes:

1. Los condominios cerrados (sea cual sea su denominación en el país en concreto) surgen o bien aprovechando vacíos legales o bien al amparo de las normas civiles existentes, normalmente las reguladoras de la propiedad horizontal.

2. La elevada demanda de las urbanizaciones cerradas provoca que –despacio en algunos casos, con mayor celeridad en otros–, la mayor parte de los países vayan legislando de cara a alcanzar una completa legalización de los condominios, a pesar

²¹ Existen muchos otros países latinoamericanos con condominios, aunque no con un número tan elevado como el que existe en los tres países analizados. Asimismo, su regulación se torna repetitiva, al tratarse de normas civiles, especialmente de propiedad horizontal, sin que en el campo del Derecho administrativo se haya regulado nada. El estudio de la legislación de varios de ellos lleva a la conclusión de que incluirlos no aportaría mucho a este artículo. Por otra parte, también es preciso tener en cuenta que los tres países analizados son los que cuentan con una mayor literatura científica publicada sobre este tema.

²² PAVÓN, H., “Entrevista a Zygmunt Bauman. El Estado benefactor volvió para los ricos”, *Revista Ñ*, n. 303, 2009. Acceso web: https://www.clarin.com/ideas/entrevista-zygmunt-bauman_0_HjEXpdsw7l.html (9 de mayo de 2021).

de la crítica y la oposición de la mayor parte de la doctrina, tanto en el campo jurídico como desde la geografía, la sociología o las ciencias políticas. Sin embargo, no se puede olvidar que es la forma de residencia de la mayor parte de los integrantes de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en muchos países, especialmente en los latinoamericanos.

3. Esta legislación, por la propia naturaleza del condominio aplicado al uso del suelo, debería tener carácter administrativo en determinados aspectos (especialmente para otorgarle un sustento legal al hecho de que se puedan abrir viales que no van a tener la condición de públicos, por tratarse de un aspecto que no tiene fácil encaje desde un punto de vista urbanístico), pero no siempre es así. En muchos casos están regulados en exclusiva por normas de carácter civil, que, a pesar de resultar de suma importancia para regular el funcionamiento interno de las comunidades de propietarios o condominios, no son suficientes –como se explicó– para abordar todos los aspectos conflictivos que surgen con la construcción de condominios.

Afortunadamente, como se verá a continuación, en la legislación española y gallega se sigue en general la tendencia inversa: del vacío legal y su aceptación tácita a su prohibición, con las curiosas excepciones que se pueden encontrar en la normativa de ámbito local.

3 Perspectiva histórica de los condominios en el ordenamiento jurídico de España con especial mención al caso gallego

3.1 Los años cincuenta del siglo XX

El origen jurídico de los condominios urbanísticos en España –bajo la denominación *urbanizaciones particulares*– la encontramos en una norma del franquismo²³, en el artículo 41 de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana. Es necesario aclarar que la inclusión de este artículo se debió a un interés del legislador de conceder apoyo legal a realidades que se estaban materializando en aquella época. Resulta paradigmático el caso de la Posesión de Somosaguas (en la que se integra La Finca), en el municipio madrileño de Pozuelo de Alarcón, que en la actualidad sigue siendo una de las más exclusivas urbanizaciones de España. En el año 1955 su promotor, el Grupo Empresarial del Banco Urquijo, presentó un plan para su urbanización ante la Comisión de Urbanismo de Madrid, dividiendo las 750 hectáreas que conforman el conjunto en cinco zonas distintas²⁴.

²³ Poseyendo, por tanto, el Estado la competencia exclusiva en materia de urbanismo y ordenación del territorio.

²⁴ CALLEJA DÍEZ, L., *Gated communities. Adaptación del modelo al entorno de Madrid*, trabajo fin de grado en la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2018, p. 41. Acceso web: <http://oa.upm.es/51341/> (9 de mayo de 2021). Las cinco zonas en que se dividió la Posesión de Somosaguas fueron: Somosaguas A, Somosaguas Norte, Somosaguas Centro, Prado de Somosaguas y Somosaguas Sur (La Finca).

Dado que a partir del año 1956 los promotores de urbanizaciones privadas comenzaron a contar con apoyo desde el punto de vista del Derecho administrativo para construir las de forma legal²⁵, era preciso acudir al derecho civil para regular la relación entre los propietarios y la gestión de los elementos privativos de la urbanización. Para tal efecto, se comenzó a aplicar el artículo 396 del Código civil²⁶, en ese momento con la modificación efectuada en el año 1939, que sentaba las bases de la propiedad horizontal cuando aún no existía una ley específica que la regulara. El precepto, no obstante, estaba pensado para las edificaciones en altura, al comenzar estableciendo: “*si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o al vial público, pertenecieran a distintos propietarios [...]*”.

3.2 Los años sesenta del siglo XX

A la aprobación de la Ley del suelo de 1956 le siguió cuatro años después la aprobación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (que implicó una nueva modificación del artículo 396 del Código civil). Hay que señalar que las dos normas marcaron un hito importante en el ordenamiento jurídico español. La del suelo porque hasta ese momento el urbanismo solo estaba regulado por ordenanzas municipales y por normas de rango legal cuyo ámbito se reducía a las grandes ciudades²⁷ (frente al ámbito universal –del territorio español– de la nueva norma) y la de propiedad horizontal porque, como se ha explicado, esta cuestión únicamente estaba regulada en el Código civil, siendo insuficiente para atajar todos los problemas que genera la convivencia vecinal.

La nueva Ley de 1960, igual que el artículo 396 del Código civil, tenía como objeto las edificaciones en altura. La solución que se adoptó para las primeras urbanizaciones privadas fue realizar una interpretación analógica de estas normas, de modo que no serían elementos comunes las escaleras o el ascensor –por no existir–, sino los viales y las zonas verdes interiores.

En el caso gallego, la urbanización privada paradigmática cuya tramitación administrativa comenzó en este período es la de la isla de Toralla, en la ciudad de Vigo²⁸. El proyecto de urbanización de la isla se redactó en el año 1967, estando esta regulada por la Ordenanza 11-Zona Exterior de las Ordenanzas Municipales de Edificación de Vigo. Por aquel entonces la ciudad carecía de un instrumento de planificación general del municipio. El primero que se redactó, dos años después de que hubiera

²⁵ Esto no significa que todas las urbanizaciones privadas que comenzaron su tramitación antes de 1956 lo hicieran sin amparo legal, puesto que podían encontrar fundamento en alguna norma de ámbito local.

²⁶ La redacción original de este precepto, del año 1889, fue modificada en los años 1939, 1960 y 1999.

²⁷ Además de normas genéricas –no urbanísticas en exclusiva– aplicadas a todo el territorio español, como es el caso de las leyes de bases de régimen local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, que fueron refundidas en un texto único en el año 1955.

²⁸ La isla perteneció al monasterio de Celanova hasta la desamortización de Mendizábal en 1836, momento en que pasa a manos privadas. Después de tener varios propietarios, en 1965 la adquieren José Manuel Kowalski Fernández y Mercedes Peyrona Díez de Güemes. En ese mismo año Kowalski constituye con los hermanos Ramón y Guillermo Vázquez Lorenzo la entidad Toralla, S.A., que se convierte en la nueva propietaria.

comenzado la tramitación de Toralla, en 1969²⁹, no llegó a entrar en vigor, debiendo esperarse a que Vigo contara con su primero Plan General de Ordenación Urbana, en 1971. Por tanto, en virtud de la mencionada Ordenanza 11, fueron aplicadas sus letras D (que permitía construir “colonias”) y E (de “edificios aislados”). Los propietarios, basándose en esta norma reglamentaria y en las zonas que delimitaba, propusieron realizar dos tipologías distintas en la isla: ciudad jardín compuesta por viviendas unifamiliares por una parte y edificios en altura por otra. El proyecto fue aprobado inicialmente por el Pleno del Ayuntamiento de Vigo con fecha de 3 de febrero de 1968 y definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo de Pontevedra con fecha de 10 de octubre del mismo año. El proyecto estipulaba la urbanización completa de Toralla (suministro de agua y electricidad, red viaria y de alcantarillas y un puente que comunicara la isla con la ciudad). Además de un paseo marítimo por la parte norte de la isla, contemplaba tres zonas diferenciadas:

a) Residencial. Constituida por hasta cuarenta y tres viviendas unifamiliares de hasta dos plantas.

b) Turística. Compuesta por dos bloques destinados a apartamentos.

c) Deportiva. Con pistas de tenis, piscina, playa deportiva y muelle privado.

A los bloques de apartamentos se les designaron las letras A y B, denominándose el primero “Edificio Parque”, con diez pisos de altura y el segundo “Edificio Torre”, con veinte pisos de altura. El bloque A, tras varios años de litigios judiciales, no llegó a construirse³⁰, pero sí se edificó el bloque B, convirtiéndose en un símbolo de la especulación urbanística y del maltrato al territorio³¹. En cuanto a las viviendas unifamiliares, finalmente se construyeron treinta y cuatro³².

La superficie total a urbanizar en Toralla fue de 76.900 metros cuadrados, de los cuales 51.900 m² correspondían a la propiedad y 25.000 m² al dominio público marítimo-terrestre³³.

²⁹ De acuerdo con GONZÁLEZ PÉREZ y LÓPEZ GONZÁLEZ, este PGOU fue aprobado inicialmente en mayo de 1967 y provisoriamente en marzo de 1969, pero el Ministerio de Vivienda denegó su aprobación definitiva en resolución de fecha 22 de julio de 1969 (GONZÁLEZ PÉREZ, J.M. y LÓPEZ GONZÁLEZ, A., “La dinámica demográfica y el planeamiento urbano en Vigo desde 1960. Impacto del proceso de industrialización desarrollista”, *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, n. 23, 2003).

³⁰ Sin embargo, sí llegó a contar con un proyecto técnico visado por el Colegio de Arquitectos, que fue redactado por Jesús de Juan y Álvarez. El origen del conflicto radicó en el hecho de que el Plan Parcial de Coruxo-Canido Norte en el que se incluía Toralla había omitido las especificaciones relativas a las edificaciones en altura de la isla. Tampoco se llegó a materializar un proyecto de garaje-aparcamiento de dos plantas presentado en el Ayuntamiento en el año 1973, aunque por motivos distintos, en los cuales no nos detenemos por exceder las pretensiones del presente artículo, que aspira a tener un carácter más general.

³¹ Paradójicamente, su proyecto técnico fue redactado (con visado en el colegio profesional en el año 1968) por un arquitecto vigués que dejó otras obras singulares en la ciudad que hoy constituyen verdaderas obras de arte por su carácter innovador pero respetuoso con el entorno, Xosé Bar Boo.

³² Desde el punto de vista del derecho civil, los propietarios de viviendas de la isla se constituyeron en comunidad de propietarios de acuerdo con la Ley de propiedad horizontal de 1960. Las dos comunidades de propietarios de la isla, El Castro de Toralla y la Torre de Toralla decidieron en el año 1984 adquirir la totalidad de las acciones de la entidad Toralla, S.A. Inicialmente estaba previsto que la comunidad general estuviese también compuesta por una tercera denominada Bloque Curvo. Sin embargo, al no construirse este edificio, tampoco se llegó a constituir esta subcomunidad.

³³ La entidad Toralla, S.A., consiguió la concesión de parte del dominio público marítimo-terrestre (Orden ministerial de 10 de agosto de 1973). En total fueron tres las concesiones obtenidas para obras de defensa contra el mar y servicios. No obstante, el Consejo de Administración de Toralla, S.A., decidió revertir las concesiones y facilitar que se les concediera a la Universidad de Vigo para la creación de una Estación de Ciencias Marinas, que fue inaugurada en el año 2006. No fue este el primer paso en la apertura parcial de la isla, puesto que en el año 1997 el Tribunal Supremo dictaminaba que debía liberalizarse el paso por el puente (que había sido construido por la entidad Toralla, S.A., con una concesión administrativa por 99 años).

3.3 Los años setenta del siglo XX

A comienzos de la década de los setenta, el Ministerio de Vivienda promovió la redacción de un anteproyecto de ley de las urbanizaciones residenciales privadas, en una norma que mezclaba asuntos propios del Derecho administrativo con asuntos del derecho civil³⁴ y que nunca llegó a avanzar en su tramitación.

Por otra parte, el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana aprobado mediante el Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, recogió el guante de la Ley del suelo de 1956 y en su artículo 53 reprodujo de forma bastante similar el anterior 41, modificando la denominación de urbanizaciones *particulares* por la de urbanizaciones *de iniciativa particular*. Sin embargo, esta matización y la obligación de cesión de dotaciones para el dominio y uso público impuesta por la norma limitaban jurídicamente la posibilidad de construcción de urbanizaciones que contarán con la totalidad de elementos comunes de titularidad privada. Aun así, muchos ayuntamientos optaron por adoptar variadas argucias legales para desentenderse de la conservación y mantenimiento de viales y dotaciones que deberían haber sido públicos, derivando estos actos en urbanizaciones privadas.

Por otra parte, la llegada de la democracia en esta década provocó una modificación sustancial del ordenamiento jurídico español debido a la aprobación de una norma común de rango constitucional y a la creación de comunidades autónomas dotadas de autonomía propia a varios niveles, como el legislativo para los efectos que nos ocupan.

En este sentido, es bien sabido que el artículo 148.1.3.^a de la Constitución española de 1978 otorga a las comunidades autónomas competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

3.4 Los años ochenta del siglo XX

Desde la perspectiva del derecho público, en lo que respeta a Galicia en esta década, el artículo 27.Tres del Estatuto de autonomía de Galicia, aprobado mediante la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, consagró la competencia exclusiva de la comunidad autónoma gallega en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda.

Desde la perspectiva del Derecho privado, resultó crucial en toda España la Resolución de 2 de abril de 1980 de la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁵, en la cual se resolvía un recurso interpuesto por un notario de Ciudad Rodrigo en relación con una escritura de declaración de obra nueva y división horizontal en la que la sociedad cooperativa promotora pretendía declarar como

Asimismo, la sentencia establecía que los propietarios debían ceder seis metros de terreno para dominio público a partir de la próxima pleamar registrada. Por otra parte, la sentencia mantuvo la prohibición de acceder a la isla por parte de vehículos ajenos a la propiedad.

³⁴ Acceso web: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/urbanizacion-privada/urbanizacion-privada.htm> (9 de mayo de 2021).

³⁵ BOE n. 129 de 29 de mayo de 1980.

elementos comunes de las edificaciones construidas “los espacios destinados a calles y los terrenos sobrantes sobre los que en su día se construirán la zona escolar, la zona comercial, la guardería infantil y los jardines cooperativistas.” La DGRN estableció lo siguiente: “Considerando que en tanto no aparezca la normativa legal que regule esta nueva figura jurídica se hace preciso arbitrar los medios pertinentes para que pueda tener reflejo en el Registro dicha figura, y entre ellos cabe estimar aquel que se inspira en la forma de acceso de la propiedad horizontal”.

En esta década de los ochenta el Tribunal Supremo dictó varias sentencias en las cuales asimiló el régimen de las urbanizaciones privadas al de una propiedad horizontal tradicional. Resulta paradigmática en este sentido la Sentencia de 28 de mayo de 1986, en la cual, en relación con la Urbanización Monteclaro en el municipio madrileño de Pozuelo de Alarcón³⁶, se afirma que se acepta “la situación de copropiedad similar a la conocida como propiedad horizontal, por la existencia de un derecho de propiedad singular sobre cada parcela y un derecho de copropiedad sobre un conjunto de elementos comunes y por la voluntad manifiesta de las partes de aplicar el régimen de la propiedad horizontal”.

3.5 Los años noventa del siglo XX

Desde la perspectiva del Derecho administrativo, resulta relevante en esta época la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo (que dio lugar al Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana). Su relevancia radicó sobre todo en la Sentencia del Tribunal Constitucional que se dictó tras los recursos presentados, la 61/1997, de 20 de marzo, que vino a aclarar que, a pesar de que las comunidades autónomas cuentan con competencias exclusivas en urbanismo, ordenación del territorio y vivienda, el Estado tiene competencia en lo que se refiere a las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, a las garantías generales de la expropiación forzosa y el régimen de valoraciones, a los aspectos registrales y a la responsabilidad patrimonial de la Administración (sin contar con otras competencias estrechamente ligadas a esta materia que no incluyó la sentencia, como la del procedimiento administrativo común).

No significa esto que las competencias quedaran perfectamente delimitadas a partir de este momento, ya que la siguiente norma urbanística estatal, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, volvió a invadir competencias autonómicas, dando lugar a una nueva Sentencia del Tribunal Constitucional, la 164/2001, de 11 de julio.

³⁶ De acuerdo con CANOSA ZAMORA, Monteclaro tuvo como principales adquirentes desde su realización a residentes extranjeros y a famosos del panorama artístico español. La promotora de la urbanización fue la empresa de origen norteamericana Levitt-Bosch Aymerich, S.A. (que también promovió otras cuatro urbanizaciones en la zona). Siete años después de que William Levitt vendiera su empresa familiar a International Telephone & Telegraph Corp., esta llegó a Madrid de la mano de José María Bosch Aymerich, un arquitecto, ingeniero industrial y promotor catalán. Montealto fue su primer condominio, copiando el modelo estadounidense de urbanizaciones privadas. El segundo fue Monte Alina, también en Pozuelo de Alarcón, residencia de varios políticos y artistas españoles (CANOSA ZAMORA, E., “Las urbanizaciones cerradas de lujo en Madrid: una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002).

Desde la perspectiva del derecho civil, en el año 1991 se aprobó un anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios que no continuó con su tramitación. Lo que sí resultó significativo en esta década fue la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. Su artículo vigésimo introdujo un nuevo precepto a la norma de propiedad horizontal, el número 24, para regular los denominados *complejos inmobiliarios privados* (es decir, las urbanizaciones privadas), que entre otras muchas cosas –dado que cuenta con una longitud considerable– establece que “*el título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes*”.

3.6 Las dos primeras décadas del siglo XXI

A la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo (con texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio), le siguieron las normas que dieron lugar al texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que no hace mención a las urbanizaciones de iniciativa particular, al tratarse de una cuestión que deben regular las comunidades autónomas.

4 Los condominios en el ordenamiento jurídico gallego

Analizando las normas de rango legal reguladoras del urbanismo gallego en el marco constitucional³⁷, se llega a la conclusión de que algunas hicieron mención a las *urbanizaciones de iniciativa particular* en los mismos términos que las leyes estatales, como es el caso de la del año 1985 o de la del año 1997, pero no llegaron a contener una regulación exhaustiva de los condominios. Hay que aclarar, no obstante, con efectos tanto para las normas estatales como para las autonómicas, que el término empleado no implicaba necesariamente que las urbanizaciones estuvieran cerradas y contaran con viales y otros elementos comunes privados. Pueden existir urbanizaciones al amparo de esta denominación que simplemente fueran promovidas por particulares pero que no encajaran en la tipología de urbanización cerrada o condominio. De hecho, lo habitual es que los ayuntamientos no permitieran el establecimiento de condominios, considerando que las obligadas cesiones dotacionales a la Administración pública local en todo el suelo urbano no categorizado como consolidado impedían su construcción si se aplicaran las normas con rigor.

No obstante, la falta de mención expresa en las normas autonómicas y estatales en lo que se refiere al suelo urbano consolidado llevó a algunos ayuntamientos gallegos a autorizar los condominios de acuerdo con sus propios criterios internos, ante la ausencia de regulación de esta materia también y en prácticamente todos los

³⁷ Estas normas fueron: la Ley 11/1985, de 22 de agosto, de adaptación de la del suelo a Galicia; la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia; la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural; y la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (con su reglamento de desarrollo, aprobado por el Decreto 143/2016, de 22 de septiembre).

instrumentos de planeamiento municipal. Estos criterios fueron durante muchos años considerar la parcela de suelo urbano consolidado como un todo y no cada vivienda que se iba a construir en particular, y para ello solo se consideraba que la parcela sobre la que se construía la urbanización cumpliera los parámetros urbanísticos generales, como contar con todos los servicios urbanísticos y dar frente a vial público pavimentado. Este fue el caso, por ejemplo (ya que se podrían citar muchas otras), de la urbanización construida en los primeros años de la década de los noventa del siglo XX en las inmediaciones de la avenida Atlántida de la parroquia viguesa de Alcabre, con una superficie aproximada de dos hectáreas y los viales interiores y elementos comunes del condominio (pistas deportivas, piscina y zonas verdes) cerrados a terceros.

Sin embargo, los tribunales de justicia consideraron en algunas situaciones que todo vial que se abra debe aparecer grafiado en el planeamiento, prohibiendo de este modo toda urbanización en que no se dé el supuesto de que la totalidad de las viviendas tengan frente a vial público pavimentado (existente o de nueva apertura, pero en todo caso grafiada en el planeamiento). Entre otras, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 9 de octubre de 2008, que, en relación con un estudio de detalle sobre una parcela de suelo urbano en que se grafiaba un vial privado para dar acceso rodado a siete bloques residenciales, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Xunta de Galicia. Esta última defendía que *“aunque en el ED se pretenda calificarlo como privado, es de uso público, pues es el que da acceso rodado a los siete bloques situados hacia el oeste, que no lo tienen desde la carretera LU-540; que de ser privado, las parcelas en las que se prevén dichos bloques no serían solares por carecer de acceso por vial público; y que dicho vial es el único acceso desde la indicada carretera, pues los señalados en los planos del ED como viales NSP Norte y Sur no existen en la realidad física”*.

Esta situación cambió en municipios como Vigo, que con la aprobación definitiva en agosto de 2008 del nuevo Plan General de Ordenación Municipal legalizó –sin necesidad de acudir a criterios internos sin verdadero sustento legal, como antes– los condominios³⁸. En este sentido, en el artículo 2.3.5. *Deber de conservación de la urbanización* de su normativa urbanística se establecía en su punto 8:

“Fuera de los supuestos anteriores, cuando la totalidad o una parte de la superficie de la urbanización se dedique al servicio exclusivo de los propietarios, o se encuentre en régimen de condominio, estos asumirán su conservación, sin necesidad

³⁸ Debe señalarse que la inclusión de los condominios en el PGOM estuvo motivada por cuestiones exclusivamente técnicas. El objetivo era ofrecerle una solución urbanística a un conjunto de parcelas en que se incluían solares que legalmente solo podían ser clasificados y categorizados como suelo urbano consolidado, pero que dejaban detrás varias parcelas inedificables. El equipo redactor del plan (en concreto, la entidad Consultora Gallega, S.L., fundada en el año 1979 por el sociólogo Daniel Pino y los arquitectos César Portela, Iago Seara y Xosé Bar Boo, en concurso de acreedores voluntario desde el año 2014 y en proceso de liquidación desde 2019) optó por otorgarle el régimen de condominio a estas bolsas de suelo –compuestas por las parcelas con frente al vial público y también por las que quedaban detrás–, con una superficie media de alrededor de media hectárea. Parece razonable descartar los motivos ideológicos en la elección de la figura del condominio porque el texto del PGOM comenzó a elaborarse en el año 2001 bajo el gobierno municipal del BNG, se aprobó inicialmente en 2004 y provisionalmente en 2006 con el PP, de nuevo provisionalmente en 2007 con el PSOE (porque este introdujo una serie de modificaciones, sin que ninguna de ellas supusiera una alteración en el régimen de los condominios) y finalmente con carácter definitivo por la Xunta de Galicia en 2008.

de constituir una entidad de conservación. El deber de conservación tendrá plazo indefinido y se referirá a la totalidad de los servicios de dichas superficies de servicio exclusivo. El régimen aplicable será el establecido en el artículo 8.2.2, del título VIII de estas normas urbanísticas”.

Asimismo, en el artículo 5.2 *Uso residencial*, al regular la categoría 1.^a *Vivienda unifamiliar* (de acuerdo con su definición “*la ubicada en una única parcela con acceso independiente desde el vial o espacio público. En función de su relación con las edificaciones colindantes puede ser aislada, pareada o adosada con otras edificaciones*”), se reconocen en el apartado 5.2.1.b) las siguientes condiciones de condominio:

“N.º 1. Las producidas como consecuencia de la parcelación «ob rem» en que se configuran parcelas unifamiliares, con acceso independiente desde el espacio público, en cada una de las cuales se diferencian dos superficies: una donde se situará la vivienda unifamiliar y otra integrada en una superficie configurada como elemento común de la totalidad de las parcelas unifamiliares resultantes de la parcelación, cumpliendo además las siguientes condiciones:

– Deberá quedar garantizada, mediante la constitución del régimen jurídico correspondiente, la imposibilidad de disposición independiente de la parte de la parcela donde se localiza la edificación y la parte restante que de la misma se integra en la superficie configurada como elemento común de la totalidad de las parcelas unifamiliares del conjunto de la actuación.

El cumplimiento de este régimen se exigirá en el acto de concesión de licencia de parcelación y se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

– El número máximo de viviendas será el número entero resultante de dividir la superficie de la parcela edificable objeto de la parcelación, por la superficie mínima establecida en la zona de ordenanza y grado correspondiente.

– La superficie de la parcela en la que se asienta la vivienda no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de la superficie mínima establecida y, en ningún caso, menor de cien (100) metros cuadrados.

– La superficie de la parcela de vivienda unifamiliar resultante de la suma de las dos partes producidas en el proyecto de parcelación no podrá ser inferior a la superficie mínima de parcela establecida por la zona de ordenanza y grado.

– Las superficies de las parcelas definidas en los apartados anteriores deberán tener continuidad física y quedarán garantizadas las condiciones de seguridad y accesibilidad de unas y otras.

– La edificabilidad y ocupación correspondientes serán las aplicables al conjunto de la suma de las superficies de las dos partes diferenciadas de la parcela.

N.º 2. Las viviendas en régimen completo de condominio sin parcelación de la finca de origen, en el que las viviendas están repartidas en el conjunto y a ellas se accede de forma peatonal, o con acceso ocasional de vehículos, y comparten los espacios libres como espacios comunes.

Podrán realizar garajes comunes o independientes, bajo rasante, o al borde de la alineación del vial público al que dé frente la parcela.

La realización de estas viviendas exigirá la redacción de un proyecto unitario sometido a la obtención de una única licencia.

El número máximo de viviendas será el número entero resultante de dividir la superficie de la finca objeto de condominio, por la superficie mínima establecida en la zona de ordenanza y grado correspondiente, y no podrá superar el de 10 viviendas por condominio.

La edificabilidad será la que corresponda aplicar al número de parcelas teóricas calculadas según el párrafo anterior, según ordenanza y grado.

En todos los supuestos de los condominios anteriores, la separación a colindantes será la de la ordenanza y grado correspondiente”.

El PXOM de Vigo fue anulado por una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015 por el único motivo de haberse incumplido el trámite de evaluación de impacto ambiental estratégica. Tras la anulación recobró vigencia el anterior planeamiento, de 1993, un instrumento de ordenación municipal en exceso sucinto, que no menciona los condominios o figura equivalente ni en sentido positivo ni negativo. En abril de 2017 los técnicos municipales de Vigo comenzaron a redactar un Instrumento de Ordenación Provisional (en adelante, IOP), en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación.

El IOP fue aprobado con carácter definitivo, tras contar con los informes preceptivos, por el Pleno del Ayuntamiento de Vigo en sesión de 24 de julio de 2019 (DOG de 26 de agosto de 2019 y BOP de 20 de septiembre de 2019). La regulación de los condominios fue copiada palabra por palabra del PGOM de 2008, estando vigente a día de hoy mientras no se apruebe el nuevo PGOM en tramitación³⁹.

La regulación viguesa de los condominios no considera que los caminos interiores de las urbanizaciones construidas al amparo de esta normativa sean verdaderas carreteras o calles, de ahí que no se les apliquen las mismas normas que a los nuevos viales⁴⁰ (a efectos de anchura, conexión de suministros, aceras, cesión al dominio público, etc.), sino que les confiere la condición de accesos rodados privados equivalentes a los que puede hacer la persona propietaria de una vivienda unifamiliar en su parcela o a aquel con el que cuenta un edificio multifamiliar para acceder al portón del garaje común. Se trata de una cuestión discutible, pero lo que resulta un peligroso antecedente de cara a una eventual proliferación de las urbanizaciones privadas es el hecho de que se considere que no sea preciso que cada una de las viviendas integrantes del condominio dé frente al vial público, sino que sea suficiente con que lo haga la parcela global (con el símil de que en un edificio multifamiliar lo que da frente al vial público es el portal, no cada una de las viviendas, volviendo otra vez a justificar

³⁹ Se prevé la aprobación inicial del nuevo PGOM en la segunda mitad del año 2021.

⁴⁰ La Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, únicamente hace mención expresa a la prohibición de la apertura de caminos que no estén grafiados en el planeamiento en suelo rústico y en suelo de núcleo rural, pero nada dice del suelo urbano consolidado. Para este último es preciso acudir al artículo 117 de su reglamento, cuya redacción no es tan contundente como la ley en las dos clases de suelo comentadas, al limitarse a señalar que los planes generales deben establecer el trazado y la alineación de toda la red viaria pública en suelo urbano consolidado. Sin embargo, como se está explicando, en el caso de los condominios el Ayuntamiento de Vigo no considera que se trate de verdaderos viales, sino de caminos interiores de servicio.

las urbanizaciones privadas desde la normativa civil, en concreto de las normas de propiedad horizontal, y no desde la normativa administrativa).

Resulta una paradoja, por otra parte, la existencia de esta normativa sobre condominios y la denegación por parte del Ayuntamiento de Vigo de una licencia de parcelación en la isla de Toralla por no dar la parcela frente al vial público. Lo oportuno de esta denegación fue ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de octubre de 2020. Esta decisión judicial marca un hito inédito en nuestra comunidad autónoma, al ratificar, en una urbanización privada ya existente, la denegación de la licencia porque el vial al que da frente no es de titularidad pública. Inédita resulta igualmente la decisión adoptada por la Gerencia Municipal de Urbanismo de Vigo en esta ocasión. Esta nueva sentencia reafirma el criterio establecido por la Sentencia de 9 de octubre de 2008 comentada con anterioridad en este escrito (pero no sobre una urbanización futura, sino ya construida, de ahí su novedad), al disponer que *“queda constatado el carácter privado del vial de manera difícilmente refutable, sin perjuicio de advertir que ciertamente las actuaciones precedentes en relación con otras edificaciones existentes en la Isla no repararon en esta circunstancia con la precisión que lo hizo en esta ocasión a resolución denegatoria de la licencia de parcelación”*.

5 Conclusiones

Las urbanizaciones cerradas en Galicia no suponen un problema urbanístico, como sí ocurre en otros lugares, debido a su escaso número, no apropiándose de demasiado espacio que podría ser público ni llegando a constituir verdaderos guetos. Sin embargo, no debería consentirse su existencia, por contravenir los principios básicos en que se sustenta nuestro sistema urbanístico.

En lo que se refiere a los condominios ya construidos, no existen muchas soluciones para hacer públicos los viales existentes (la desprivatización del resto de las zonas comunes es un asunto mucho más complejo que habría que analizar caso por caso), puesto que si en su día no fueron cedidos a la Administración local, hoy solo podrían obtenerse grafiándolos en el planeamiento urbanístico como sistemas locales y obteniéndolos mediante expropiación forzosa, convenio o permuta forzosa⁴¹ y, a tal efecto, habría que valorar si merece la pena este procedimiento, tanto desde el punto de vista de interés general como económico. Asimismo, es preciso tener en cuenta que la mayor parte de las urbanizaciones cerradas existentes en Galicia fueron edificadas con todos los permisos municipales correspondientes sin ninguna oposición ni por parte de otras administraciones públicas ni por parte de particulares, lo que lleva a pensar que la aplicación del procedimiento señalado implicaría la interposición por parte de los copropietarios de los correspondientes recursos en vía judicial, con un resultado incierto. No obstante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de octubre de 2020 marca un horizonte optimista en la búsqueda de una solución satisfactoria sin coste para las arcas públicas, dado que encontrarla se va

⁴¹ Artículo 129.1 de la LSG 2016.

a convertir en uno de los objetivos primordiales de aquellas personas propietarias en condominios que deseen obtener licencias municipales de demolición, obras, reformas y parcelaciones, entre otras.

Por otra parte, en lo que se refiere a la posibilidad de construir nuevos condominios, hay que tener en cuenta que esta figura urbanística puede ser una solución –sin necesidad de acudir a un procedimiento de normalización de fincas– para determinados solares (es decir, para aquellos terrenos que tengan de forma indudable esta condición y, por tanto, no puedan ser clasificados y categorizados de otro modo que no sea suelo urbano consolidado) de una superficie considerable pero que por su forma disponen de poco frente al vial público para realizar parcelaciones y resultan demasiado grandes para una o dos viviendas unifamiliares, en especial en aquellos situados en lugares donde el precio del metro cuadrado de suelo es muy elevado. Una solución a esta problemática que conjugue los intereses públicos con los particulares podría ser otorgarle a esta figura de los condominios, en los escasos solares en los que las ordenanzas municipales aplicables los permitan por estos motivos comentados, la singularidad de posibilitar abrir nuevos caminos en suelo urbano consolidado, incluso con requisitos inferiores a los previstos para los viales comunes en lo relativo a la anchura y otras cuestiones, siempre que sean cedidas a la Administración local para formar parte del dominio público.

Bibliografía

- CALLEJA DÍEZ, L., *Gated communities. Adaptación del modelo al entorno de Madrid*, trabajo fin de grado en la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2018.
- CALLIES, D.L., FRANZESE, P.A. y GUTH, H.K., “Urbanizaciones ‘encerradas’, pactos y problemas”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002.
- CANOSA ZAMORA, E., “Las urbanizaciones cerradas de lujo en Madrid: una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002.
- CASTRO SILVA, G., GOMES REIS LOPES, W. y LIRA MONTEIRO, M.S., “Presença de condomínios horizontais e loteamentos fechados nas cidades contemporâneas: expansão e transformações do espaço urbano”, *Geosul*, n. 30(59), 2015.
- DAL MORO, T.F. y GOMES, D., “A (i)legalidade dos condomínios fechados frente às normas de direito urbanístico”, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, n. 7(26), 2013. Acceso web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4816088> (9 de mayo de 2021).
- GARCÍA CARBALLO, A., “Urbanizaciones de lujo y segregación residencial de las clases altas en Somosaguas, Pozuelo de Alarcón (Madrid)”, *Ería*, n. 94, 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.M. y LÓPEZ GONZÁLEZ, A., “La dinámica demográfica y el planeamiento urbano en Vigo desde 1960. Impacto del proceso de industrialización desarrollista”, *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, n. 23, 2003.

- HIDALGO DATTWYLE, R., SALAZAR BARROWS, A. y ÁLVAREZ CORREA L., “Los condominios y urbanizaciones cerradas como nuevo modelo de construcción del espacio residencial en Santiago de Chile (1992-2000)”, *Scripta Nova (Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales)*, n. 7, 2003. Acceso web: [http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(123\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(123).htm) (9 de mayo de 2021).
- LE LOUARN, P., “Las ciudades privatizadas o la impotencia del derecho”, *Ciudad y Territorio*, n. 133-134, 2002.
- LIBERTUN DE DUREN, N., “Barrios cerrados como estrategia de desarrollo municipal”, *Apuntes de investigación / Tema central: Conurbano*, n. 16/17, 2009-2010.
- MALIZIA, M. y PAOLASSO, P., “Countries y barrios privados en Yerba Buena, Gran San Miguel de Tucumán, Argentina: nuevas formas de expansión urbana”, *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 24, n. 3(72), 2009.
- ONU-HÁBITAT, “Urbanization and development. Emerging futures”, *World Cities Report*, 2016. Acceso web: <https://unhabitat.org/world-cities-report> (9 de mayo de 2021).
- ORIOLANI, F.A. y CANESTRATO, M.L., “Precariedad jurídica y políticas habitacionales. Conflictos y disputas en el caso del conjunto habitacional «Lomas del Golf» (Mar del Plata, Argentina)”, *Revista Cis*, n. 25, 2018.
- ORIOLANI GARCÍA, F.A., “Configuración socio-espacial del barrio Lomas del Golf (Mar del Plata). Una aproximación a partir de su génesis constitutiva y la percepción de los actores sociales”, *Quid 16*, n. 10, 2019.
- ORREGO ACUÑA, J.A., *Ley n. 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria*. Acceso web: <https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/> (9 de mayo de 2021).
- PARDO RODRÍGUEZ, S., “La isla de Toralla”, trabajo final del Máster de Política Territorial y Urbanística de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004.
- PAVÓN, H., “Entrevista a Zygmunt Bauman. El Estado benefactor volvió para los ricos”, *Revista Ñ*, n. 303, 2009. Acceso web: https://www.clarin.com/ideas/entrevista-zygmunt-bauman_o_HJjEXpds7l.html (9 de mayo de 2021).
- PRIORE, E.R., VELOZO, C.R.M., HIKAZUDANI, P.I. y ANDRADE, Z.R.M., “A importância do planejamento e orçamento: um estudo de caso sobre o uso da ferramenta de orçamento em um condomínio”, *Revista ENIAC Pesquisa*, n. 4(1), 2015.
- REDACCIÓN, “Toralla salta a la red”, *Atlántico Diario*, 11 de agosto de 2010. Acceso web: <https://www.atlantico.net/articulo/vigo/toralla-salta-red/20100812093756092511.html> (9 de mayo de 2021).
- RITTER, C., “O Alphaville no aglomerado metropolitano de Curitiba”, *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, n. 119, 2010.
- RODRIGUES, A.M., “Propriedade fundiária urbana e controle socioespacial urbano”, *Scripta Nova (Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales)*, n. 493(23), 2014. Acceso web: <https://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/15012> (9 de mayo de 2021).
- RODRÍGUEZ-TARDUCHY, M.J., *Forma y Ciudad. En los límites de la arquitectura y el urbanismo*, Editorial Cinter Divulgación Técnica, Madrid, 2017.

ROJO MENDOZA, F., JARA ROJAS, T. y FRICK RAGGI, J.P., “Las urbanizaciones cerradas en la ciudad intermedia. El caso de Temuco (Chile), 2005-2014”, *Bitácora Urbano Territorial*, n. 29(1), 2018.

SANTOS DOS, M.A.M. y AMORA, Z.B., “Os enclaves residenciais: fragmentação e mercantilização do espaço urbano na RMF”, *Revista Casa da Geografia de Sobral (RCGS)*, vol. 17, n. 2, 2015.

Regap

Comentarios y crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 433-446

Santiago de Compostela, 2021

<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4726>

© Víctor José Barbeito Pose

© Julián Bustelo Abuín

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 27/03/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

As deficiencias das ferramentas de xeolocalización dos xacementos arqueolóxicos e as súas consecuencias sobre a protección do patrimonio cultural de Galicia

Las deficiencias de las herramientas de geolocalización de los yacimientos arqueológicos y sus consecuencias sobre la protección del patrimonio cultural de Galicia

The deficiencies of the geolocation tools of archaeological sites and their consequences on the protection of the cultural heritage of Galicia

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

61 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Resumo: Análizanse algunhas problemáticas da xeolocalización de xacementos arqueolóxicos en relación cos aproveitamentos forestais a partir dunha serie de cambios normativos. A posta en marcha dun portal web corporativo destinado á tramitación dos procedementos relativos a aproveitamentos fores-

tais pon en evidencia unha serie de disfuncións na clasificación dos bens, a delimitación de áreas afectadas, a localización dos bens e a calidade do rexistro arqueolóxico.

Palabras clave: Patrimonio arqueolóxico, protección, xeolocalización, información arqueolóxica, fiabilidade.

Resumen: Se analizan algunas problemáticas de la geolocalización de yacimientos arqueológicos en relación con los aprovechamientos forestales a raíz de una serie de cambios normativos. La puesta en marcha de un portal web corporativo destinado a la tramitación de los procedimientos relativos a aprovechamientos forestales pone en evidencia una serie de disfunciones en la clasificación de los bienes, la delimitación de áreas afectadas, la localización de los bienes y la calidad del registro arqueológico.

Palabras clave: Patrimonio arqueológico, protección, geolocalización, información arqueológica, fiabilidad.

Abstract: Some problems of the geolocation of archaeological sites are analyzed in relation to forest exploitation as a result of a series of regulatory changes. The launch of a corporate web portal for the processing of procedures related to forest exploitation highlights a series of dysfunctions in the classification of archaeological assets, the delimitation of affected areas, the location of archaeological sites and the quality of archaeological information.

Key words: Archaeological heritage, protection, geolocation, archaeological information, reliability.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Delimitación de áreas afectadas por el patrimonio arqueológico. 2.1 Los entornos de protección en el visor de aprovechamientos. 2.2 La clasificación de los bienes arqueológicos. 2.3 Ubicuidad de los bienes. 2.4 La geolocalización y el registro arqueológico. 3 Conclusiones.

1 Introducción

La Ley 5/2017, de 19 de octubre, de fomento de la implantación de iniciativas empresariales en Galicia, introdujo dos cambios sustanciales respecto de la geolocalización de espacios sujetos a algún régimen de protección y de ámbitos de protección del dominio público que afectó directamente a la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia (LPCG), y a la Ley 7/2012, de 28 de junio, de montes de Galicia. Como consecuencia, los distintos departamentos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia deben colaborar con la dirección general competente en materia de protección del patrimonio cultural para que se publique en una herramienta geográfica corporativa la información geolocalizada de los yacimientos arqueológicos que permita, al resto de las administraciones públicas y operadores económicos, una planificación respetuosa con el patrimonio cultural de Galicia.

En este mismo sentido, el Decreto 73/2020, de 24 de abril, por el que se regulan los aprovechamientos madereros y leñosos, de corcho, de pastos, micológicos y de resinas en montes o terrenos forestales de gestión privada en la Comunidad Autónoma de Galicia, incorpora en su disposición adicional quinta el visor de información geolocalizada¹ de los espacios sujetos a algún régimen de protección o afectados por alguna legislación de protección del dominio público, en permanente actualización hasta garantizar su total, exacta y efectiva implementación.

¹ Acceso web: <https://mapas.xunta.gal/visores/aproveitamentos/> (27 de noviembre de 2020).

En este contexto, en marzo de 2018 la Consellería de Cultura, Educación y Universidad anunciaba la licitación del contrato de servicios de geolocalización y delimitación de yacimientos arqueológicos conocidos en la Comunidad Autónoma de Galicia en 25 lotes² por un importe total de 1.100.000 euros (IVA incluido), y con un plazo de ejecución de 5 meses.

El servicio responsable del patrimonio arqueológico de la Administración autonómica redactó un proyecto arqueológico en el que se fijaban las condiciones en las que se debían realizar los trabajos, acompañado de un pliego de prescripciones técnicas particulares³, de acuerdo con lo establecido en el artículo 124 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, que complementaba las condiciones del trabajo.

Entre las condiciones destacaban tres: la primera, relacionada con la precisión de los datos, al ser necesario emplear un GPS o sistema de posicionamiento global con precisión submétrica, argumentando que muchas de las entidades arqueológicas (yacimientos, hallazgos...) se habían registrado durante los años ochenta y noventa del siglo pasado con una tecnología y cartografía que no son compatibles con las necesidades de los tiempos actuales; la segunda era la consulta de bibliografía sobre la zona de actuación y documentación administrativa; y la tercera estaba relacionada con la representación espacial de las entidades arqueológicas.

Atendiendo a las modificaciones legislativas antes señaladas, la información obtenida durante los trabajos arqueológicos ha sido incorporada al visor de la información geolocalizada de la *consellería* competente en materia de montes que se encuentra operativo⁴.

El visor contiene un aviso legal (*disclaimer*) proporcionado por la Dirección Xeral de Planificación e Ordenación Forestal de la Xunta de Galicia, en el que se advierte que, a la hora de determinar la responsabilidad de los actos derivados de los aprovechamientos forestales realizados por las personas titulares de los terrenos, se tendrá en cuenta la información, que tendrá carácter oficial, contenida en ese visor en el momento de la solicitud de autorización o declaración responsable.

En cambio, la web oficial de Información Geográfica de Galicia⁵, dependiente de la Administración autonómica, anuncia que la información relativa al patrimonio cultural solo es fiable para los datos que constan en los planes generales de ordenación municipal aprobados e incorporados a dicha información, sin perjuicio de que las personas interesadas puedan solicitar a la Dirección General de Patrimonio Cultural un pronunciamiento específico sobre la protección concreta de algún bien del patrimonio cultural y el alcance de las medidas de protección que es necesario desarrollar en un determinado predio según el tipo de actividad. Además, previene

² Resolución de 1 de marzo de 2018 por la que se anuncia la licitación, por el procedimiento abierto con pluralidad de criterios, del contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, de geolocalización y delimitación de los yacimientos arqueológicos que se conocen en la Comunidad Autónoma de Galicia (25 lotes), DOG n. 47, de 7 de marzo de 2018.

³ Acceso web: <https://www.contratosdegalicia.gal/licitacion?OP=50&N=283450&lang=gl> (27 de noviembre de 2020).

⁴ Acceso web: <http://mapas.xunta.gal/visores/aproveitamentos/> (1 de febrero de 2021).

⁵ Acceso web: <http://mapas.xunta.gal/actualidade?content=actualidade0066.html> (1 de febrero de 2021).

sobre la información geolocalizada que será objeto de actualización permanente en la búsqueda de una certeza de los datos georreferenciados.

Como se puede observar, existen diferencias notables entre las informaciones proporcionadas por distintos departamentos de la Administración autonómica referidos a un mismo ámbito, el patrimonio cultural. Sin embargo, esto no pasaría de ser anecdótico si no tuviese implicaciones que consideramos de gran interés, no por la diferencia de información aportada, sino por el entramado jurídico, administrativo y patrimonial que de ello se deriva.

La solicitud de autorización, declaración responsable o comunicación de aprovechamientos madereros debe presentarse obligatoriamente por medios electrónicos a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia (art. 9.1 Decreto 73/2020). La aplicación web o herramienta corporativa (visor de aprovechamientos) detecta automáticamente si la solicitud está afectada por el régimen de protección del patrimonio cultural. La problemática surge en la delimitación de estas áreas afectadas y en la permanente actualización en búsqueda de una certeza de los datos georreferenciados.

2 Delimitación de áreas afectadas por el patrimonio arqueológico

La leyenda que acompaña al visor de aprovechamientos distingue entre elementos BIC, entorno de protección de los elementos BIC, yacimientos catalogados, entorno de protección de yacimientos catalogados, yacimientos censados y entorno de yacimientos censados, entre otros.

Pero ¿realmente estamos ante entornos de protección?, y ¿existen bienes arqueológicos censados?

2.1 Los entornos de protección en el visor de aprovechamientos

Como ya señalamos, se delimitan tres tipos de entornos: los relativos a los BIC, a los catalogados y a los censados. Con la salvedad de los entornos para Bienes de Interés Cultural de naturaleza arqueológica, y no están todos, se ha procedido a delimitar los entornos a partir de un geoide con un radio de 200 metros de diámetro a partir de la delimitación exterior del bien arqueológico sin tener en cuenta, por ejemplo, los entornos de protección definidos para cada bien en los instrumentos o catálogos de planeamiento urbanístico, dándose una duplicidad de entornos no coincidentes, generando inseguridad jurídica. A la vez, imposibilita que aquellos espacios sujetos a autorización autonómica por prescripción de las ordenanzas municipales queden en un oscurecimiento legal⁶, dado que la aplicación web no detecta esta particulari-

⁶ Normalmente, las precepciones urbanísticas relativas a actuaciones o usos en entornos de protección de bienes arqueológicos remiten a la preceptiva autorización autonómica; si ahora la aplicación web no permite detectar estos espacios (sobre todo aquellos que cuentan con entornos de protección específicos y adaptados a la realidad de cada bien) y la solicitud solo es posible realizarla por medios electrónicos, impide que estos espacios queden sujetos a tutela autonómica por interés del patrimonio cultural.

dad, quedando sin tutela patrimonial aquellas parcelas afectadas por un entorno de protección en el ámbito urbanístico y que queden fuera de ese geóide de 200 metros de diámetro, o aquellas otras parcelas que carecían de protección legal, pero ahora por encontrarse dentro de esos 200 metros se ven sujetas a una nueva tutela.

Dada la dualidad normativa de protección que afecta a los bienes culturales, como son el planeamiento urbanístico (y ordenación del territorio) y la propia normativa sectorial del patrimonio cultural⁷, entraría dentro de lo aceptable que en un determinado ámbito físico se puedan ejercer varias competencias sobre un mismo espacio y con análoga finalidad, aunque con distinto fundamento, pudiendo coexistir títulos competenciales diversos y complementarios⁸.

Entonces, ¿podríamos considerar que los entornos de protección de yacimientos catalogados y censados que aparecen en el visor se corresponden con entornos de protección subsidiarios? La Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia, recoge en su artículo 38 la posibilidad, de manera excepcional, de establecer un entorno de protección de un bien por remisión a franjas genéricas con carácter subsidiario de 200 metros para bienes integrantes del patrimonio arqueológico. Sin embargo, no parece ser el caso, dado que la propia disposición fija una reducción de esta distancia a 50 metros cuando se trate de suelos urbanos o de núcleo rural común, y esta reducción no aparece recogida en la información geolocalizada en el visor de aprovechamientos; por lo tanto, debemos descartar que se trate de entornos subsidiarios.

Tampoco consta que se hayan reglamentado los criterios de delimitación tal como recoge el artículo 12.3 de la LPCG, ni se haya instruido ningún procedimiento administrativo al respecto, y, consecuentemente, se hayan podido conculcar los derechos de las personas interesadas al impedir la formulación de alegaciones o aportar los documentos que considerasen oportunos, tal como establece el artículo 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Por lo tanto, podemos considerar que los entornos que aparecen representados en el visor de aprovechamientos son una ficción sin amparo legal; se trata de un ámbito tutelar contrario a derecho y que, además de evadir la propia normativa del patrimonio cultural de Galicia y la de procedimiento administrativo, está plagado de inseguridad jurídica.

2.2 La clasificación de los bienes arqueológicos

Advertíamos más arriba que dentro de los yacimientos arqueológicos se diferencia una categoría de yacimientos censados; esta categoría debiera estar en relación con aquellos bienes incorporados al Censo del Patrimonio Cultural al que se alude en el artículo 14 de la LPCG, que señala que aquellos bienes del patrimonio cultural de Galicia, en tanto no hayan sido declarados o catalogados, se incluirán en el Censo del Patrimonio Cultural de Galicia. La incorporación al censo se produce por resolución

⁷ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, Lustel, Madrid, 2006, p. 104.

⁸ GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 65.

de la dirección general competente en materia de patrimonio cultural, y el censo será objeto de continua actualización y sus incorporaciones serán anunciadas en el *Diario Oficial de Galicia*; sin embargo, actualmente, solo consta publicada una resolución en el *Diario Oficial de Galicia* por la que se incluye en el Censo del Patrimonio Cultural la técnica tradicional de la construcción de la piedra en seco como manifestación del patrimonio cultural inmaterial⁹, y, en cambio, el número de bienes censados que aparecen en el visor puede rondar los 4.000.

Dado el incumplimiento normativo que hemos señalado, debemos considerar que los yacimientos arqueológicos identificados como censados en el visor carecen jurídicamente de tal clasificación¹⁰. Además, en algún caso¹¹ han perdido la categoría de bienes catalogados sin que para ello se haya procedido de acuerdo con los procedimientos de modificación o de exclusión de bienes del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia conforme a los mecanismos recogidos en la LPCG.

Por otra parte, la incorporación de yacimientos arqueológicos inéditos en el visor únicamente los protege en el sector forestal, y más concretamente en los procedimientos vinculados a los aprovechamientos madereros, dejándolos desprovistos de protección para otros sectores. No existe ningún acto constitutivo con suficientes garantías sobre los bienes arqueológicos, incorporándolos bajo la esfera jurídica del patrimonio cultural de Galicia conforme a los mecanismos recogidos en la LPCG, y que, además, garantice los derechos de los/as interesados/as en el procedimiento como titulares de parcelas que puedan verse afectadas por la inclusión de estas en un nuevo régimen de protección como consecuencia del descubrimiento de nuevos yacimientos arqueológicos. Se ha obviado el trámite de información pública y audiencia a los interesados, imposibilitando la formulación de alegaciones o la aportación de argumentos que considerasen oportunos, que hubiesen permitido modificaciones o rectificaciones de errores materiales.

Una última consideración, y que ya hemos tratado en otra ocasión¹², es la relativa a aquellos bienes que por ministerio de la ley tienen consideración de bienes de interés cultural, pero que aparecen clasificados como bienes catalogados, concretamente nos referimos a las manifestaciones de arte rupestre (art. 94.2 LPCG), creando una subcategoría de bienes con características propias de arte rupestre pero que jurídicamente se apartan de la consideración de bienes de interés cultural, dando lugar a una *contradictio in terminis*.

⁹ DOG n. 186, de 29 de julio de 2016, Resolución de 31 de agosto de 2016, de la Dirección General de Patrimonio Cultural, por la que se incluye en el Censo del Patrimonio Cultural la técnica tradicional de la construcción de la piedra en seco como manifestación del patrimonio cultural inmaterial.

¹⁰ Deberíamos referirnos a preclasificación, dado que el artículo 8 de la LPCG establece que los bienes del patrimonio cultural podrán ser declarados de interés cultural o catalogados, y los censados son aquellos que no hayan sido declarados o catalogados (art. 14.1) atendiendo a la literalidad de la norma, que indica que forman parte del censo aquellos bienes y manifestaciones inmateriales del patrimonio cultural de Galicia en tanto no hayan sido declarados de interés cultural o catalogados.

¹¹ Solo por citar un ejemplo: Mâmoa de Ventín 5 (GA15073045) en el término municipal de Ribeira (A Coruña).

¹² BARBEITO POSE, V.J. y BUSTELO ABUÍN, J., "Los entornos de protección en la Ley 5/2016 y en el Plan básico autonómico", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 60, 2021, p. 455.

2.3 Ubicuidad de los bienes

Una de las consecuencias de la geolocalización de yacimientos arqueológicos ha sido el desplazamiento geográfico de muchos bienes. Tal como se argumentaba en el proyecto de prospección arqueológica¹³ destinado a definir cada una de las 25 intervenciones arqueológicas, muchas de las entidades arqueológicas se habían registrado durante las décadas de 1980 y 1990 con una tecnología y cartografías que no son compatibles con las necesidades actuales.

A priori, y dadas las condiciones establecidas, tanto el proyecto de intervención arqueológica como el pliego de prescripciones técnicas particulares fijaban la necesidad de utilizar un sistema de posicionamiento global o GPS de precisión submétrica. Por lo tanto, el margen de error en la localización (que no de delimitación) de los yacimientos debería estar por debajo del metro de error.

Para realizar los trabajos de geolocalización, la Consellería de Cultura, Educación y Universidad adjudicó un total de 25 contratos a distintas empresas. Al frente de cada uno de los 25 contratos se encontraba un/a director/a arqueólogo/a que fue autorizado por la Dirección General de Patrimonio Cultural de acuerdo con el proyecto de intervención arqueológica; los pliegos de prescripciones; el Decreto 199/1997, de 10 de julio, que regula la actividad arqueológica en la Comunidad Autónoma de Galicia; la propia LPCG, y el resto de normativa estrictamente administrativa.

Los trabajos se desarrollaron bajo la coordinación y seguimiento de la Administración autonómica, sometidos a un control de calidad, tanto interno como externo, la validación de los resultados presentados por el servicio autonómico correspondiente y posterior abono de la cuantía acordada. Dada la sucesión de eventos descritos, podemos considerar que los resultados tienen un carácter cualificado.

De acuerdo con el artículo 92.8 de la Ley 7/2012, de montes de Galicia, o la disposición adicional quinta del Decreto 73/2020, la información geolocalizada de los espacios sujetos a algún tipo régimen de protección son suministrados por los respectivos organismos competentes. Consecuentemente, debemos entender que la información disponible en el visor de aprovechamientos es la proporcionada por la *consellería* competente en materia de patrimonio cultural. Llegados a este punto, surge el siguiente tema que consideramos de gran trascendencia. La localización real de un número importante de bienes, que no podemos valorar cuantitativamente, ha variado de manera significativa, en algún caso superior al centenar de metros; sin embargo, no se ha instruido ningún procedimiento para solventar esta situación, lo que podría derivar en la exigencia de responsabilidades a las autoridades que, por imprudencia grave ante su inactividad, generasen daños al patrimonio cultural.

Mención aparte merece la cuestión de la «certeza» aludida en el Decreto 73/2020, referida a los espacios sujetos a algún régimen de protección o afectados por alguna legislación de protección del dominio público que estará en permanente actualización

¹³ Proyecto de prospección arqueológica para geolocalizar y delimitar los yacimientos arqueológicos que se conocen en la Comunidad Autónoma de Galicia. Acceso web: <https://www.contratosdegalicia.gal/licitacion?OP=50&N=283450&lang=gl> (1 de febrero de 2021).

hasta garantizar su total, exacta y efectiva implementación, pero se ha rehuido de los procedimientos administrativos necesarios que garanticen los derechos de los administrados, lo que deja el campo abonado a la contienda judicial para resolver estas cuestiones.

Además, ha de tenerse en cuenta que el proyecto arqueológico que sostiene las prospecciones para la geolocalización de los bienes señala la necesidad de registrar un porcentaje determinado de elementos inéditos¹⁴ a los que se protege en el ámbito de los aprovechamientos forestales, pero carecen de modo fehaciente de un acto constitutivo que reconozca ampliamente sus valores e interés, y consecuentemente que queden bajo el paraguas normativo del patrimonio cultural. Es decir, un bien arqueológico inédito recogido en el visor no tiene garantizada su protección para otras actividades como la urbanística; únicamente queda sujeto a una protección residual derivada de mecanismos jurídicos como el hallazgo casual o, quizás, a la suspensión de obras en bienes del patrimonio cultural no catalogados o declarados (disposición adicional undécima LPCG).

No deja de ser paradójico que una gran cantidad de actos administrativos que se están dictando, y que someten al interesado/a a una tutela administrativa por existir presuntamente valores arqueológicos, limitando, en consecuencia, el derecho de propiedad protegido constitucionalmente y lesionando los derechos o interés legítimos en algunos casos, tienen su origen en una localización que no se ajusta a la realidad. Es decir, están situados jurídicamente en un sitio y físicamente en otro, y sin tener en cuenta el perjuicio que se le puede estar causando a la conservación del patrimonio arqueológico.

2.4 La geolocalización y el registro arqueológico

No estamos en condiciones de analizar el conjunto de datos arqueológicos recogidos en el visor, por lo que nos centraremos en una pequeña muestra que sirva de llamada de atención sobre la calidad y certeza de los datos arqueológicos disponibles. Se seleccionaron un total de 12 bienes arqueológicos situados en el término municipal de Boiro, y cuyas dimensiones espaciales son discretas (ocupan superficies inferiores a los 50 m²).

Los datos de localización proceden de documentos de trabajo de la Administración local de distinta naturaleza que tienen una precisión próxima al metro. Como medida de seguridad, estas coordenadas de comprobación fueron verificadas mediante el uso de geo-visores para comprobar los márgenes de error. La tabla recoge la denominación del bien, seguida de varios códigos intercalados con el nivel de certeza, las coordenadas X e Y que figuran en el visor de aprovechamientos y las obtenidas con

¹⁴ No deja de ser curioso que se fije un porcentaje de nuevos yacimientos a registrar. Lo que desconocemos son los criterios fijados para determinar dichos porcentajes; y, además, implícitamente la Administración reconoce la existencia de estos sin que haya procedido hasta la actualidad a resolver esta cuestión, o bien se está incentivando al registro de bienes que pudieran carecer de suficientes valores para su conservación, iniciando (o continuando) una escalada inflacionaria de bienes a proteger.

procedimientos propios. La última columna recoge la distancia entre la localización del bien en el Visor y la localización comprobada.

BIEN	IDF_COPRA	NIVEL_CERT	IDF_ARQUEO	ID_PBA	X (Visor apr)	X (Visor apr)	X (comprobación)	Y (comprobación)	DISTANCIA
1 Pedra da Bouza	40033785	BAI	GA15011098	52832	510895.4085	4720300.067	510937.14	4720398.154	106.5945
2 Petróglifo de Monte Gorita	40029607	BAI	GA15011092	54229	510826.6399	4718000.809	510954.2057	4718229.067	261.4859
3 Petróglifo de Monte Furado 1	40017560	BAI	GA15011069	1369	511307.6824	4723716.024	511232.2054	4723575.795	159.2518
4 Petróglifo de Monte Furado 3	40024343	BAI	GA15011087	52830	511412.5192	4723353.667	511248.5201	4723550.721	256.3706
5 Petróglifo de Monte Furado 2	40017582	BAI	GA15011086	52829	511392.872	4723344.221	511223.177	4723602.351	308.9129
6 Mámooa de Porto Travoso 3	40017538	ALT	GA15011047	1401	505026.6922	4726994.145	504987	4726949	60.1125
7 Petróglifo de Rio Barbanza 1	40017558	BAI	GA15011066	1416	504736.9896	4726380.856	504705.33	4726342.52	49.7192
8 Mámooa de Pedra da Xesta 4	40017543	MED	GA15011050	1386	505410.9748	4727420.433	505422	4727438	20.7406
9 Petróglifo de Braña de Prados	40017557	BAI	GA15011065	1398	505246.1499	4726558.162	505181.25	4726549.28	65.5048
10 Mámooa de Chans de Sabucedra 8	40017524	ALT	GA15011059	1411	505919.3284	4726593.764	505908	4726583	15.6268
11 Mámooa de Chans de Sabucedra 6	40017522	MED	GA15011041	1409	505936.1249	4726673.449	505943	4726625	48.9344
12 Mámooa de Chans de Sabucedra 4	40017520	ALT	GA15011039	1407	505942.6858	4726626.958	505919	4726595	39.7783
Error medio									116.086

Como se puede observar, el error medio o desviación entre las coordenadas oficiales y nuestras coordenadas supera los 100 metros lineales, con desviaciones máximas que superan los 300 metros y mínimas de algo más de 15 metros. Pero, además, si atendemos al código NIVEL_CERT, que es un indicador del grado de fiabilidad, podemos comprobar que uno de los bienes con nivel alto (ALT) presenta una desviación de más de 60 metros, lo que genera las suficientes dudas para desconfiar de los protocolos de registro puestos en marcha durante la geolocalización.

Siguiendo con el grado de fiabilidad, llama la atención el nivel de éxito en la localización de bienes arqueológicos identificados en algunas áreas atendiendo a los datos disponibles en el visor, teniendo en cuenta el propio carácter oculto de una parte substancial del patrimonio arqueológico y la robusta floresta que crece en Galicia, ambos condicionantes difíciles o imposibles de solventar en algunos casos. Se han detectado situaciones curiosas como, por ejemplo, un yacimiento excavado a principios de los años noventa por encontrarse en medio del trazado de una vía de alta capacidad, actividad financiada por la dirección general competente en materia de patrimonio cultural; sin embargo, tras los trabajos de geolocalización, ha sido identificado ya no en el trazado, sino en una parcela aledaña.

El caso anterior no deja de ser anecdótico, pero a raíz del mismo surge una cuestión que no es menor, y que suele afectar a los trabajos cuyos objetivos son la localización y delimitación de yacimientos arqueológicos como, por ejemplo, las prospecciones arqueológicas que se realizan como consecuencia del desarrollo de instrumentos de planeamiento urbanístico. No es inusual que las fichas de los catálogos incorporen bienes arqueológicos de los que en algún momento se supo de su existencia pero que no han sido localizados durante los trabajos de prospección, y tampoco consta su destrucción. En algunos casos, sirve para clasificar suelos de especial protección, o incluso se someten espacios a protección integral sin evidencia cierta de la existencia del bien que se quiere proteger.

Esta situación, a nuestro modo de ver, suscita un interesante debate, ya que los catálogos tienen una doble naturaleza: son instrumentos técnico-científicos y jurídicos¹⁵, y presentan implicaciones en ambos ámbitos. Así, en el ámbito jurídico, los

¹⁵ FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M.F., “El registro de bienes inmuebles como actividad profesional: una aproximación teórica y una reflexión sobre la práctica. El caso asturiano”, 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. 56.



actos que se dictan en aplicación del derecho del patrimonio cultural implican, por lo general, una restricción importante del derecho de propiedad, por lo que, debido a un elemental principio de seguridad jurídica, se exige una motivación suficiente y razonada que permita al interesado/a conocer cuáles son los valores que amparan la limitación de sus derechos¹⁶.

Entonces, si no se confirma la existencia del yacimiento arqueológico, se podría considerar un deber antijurídico impuesto por la Administración al titular del predio donde presumiblemente estaba localizado cuando no existe constancia fehaciente de su existencia. La Administración tiene los medios y la responsabilidad de constatar de forma fidedigna la existencia de los bienes arqueológicos y sus valores, dado que son estos los que determinan que existe una función social o utilidad pública evidente e indiscutible que justifican la limitación del derecho a la propiedad consagrado constitucionalmente.

El legislador puede establecer límites o cargas siempre que atienda al destino normal del bien de forma proporcionada. Es decir, se delimita el contenido del derecho sobre la propiedad atendiendo a la función social, manteniendo la compatibilidad de los límites sociales con el aprovechamiento privativo de los bienes, pero cuando los límites establecidos no se adecuen al fin o este no exista, o cuando interfiera en la capacidad de dominar el contenido de su titular, entonces serán supuestos de privación del derecho de propiedad y, consecuentemente, indemnizables¹⁷.

La incorporación al planeamiento urbanístico de zonas con parcelas delimitadas por su interés arqueológico produce una pérdida del valor económico de las mismas y, de demostrarse su inexistencia, podría exigirse responsabilidad patrimonial a la Administración por la lesión sufrida en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar.

Siguiendo este mismo argumento, pero atendiendo a la propia normativa del patrimonio cultural de Galicia, en la cual no existe una figura de presunción, los yacimientos o zonas arqueológicas se definen como «*el lugar en el que existen evidencias de bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, de interés artístico, histórico, arquitectónico, arqueológico, paleontológico, siempre que esté relacionado con la historia humana, o antropológico*». Por ello, es crucial que se cumplan las premisas de “lugar” y “evidencias de bienes materiales o inmateriales”. Si no se cumplen ambas premisas, no podríamos considerar que el definido como yacimiento o zona arqueológica no localizada entre a formar parte del Patrimonio Cultural de Galicia.

Se ha constatado que numerosas “referencias” o “topónimos”, que son entidades de registro usadas en la práctica arqueológica, suponen una sobrerrepresentación de entidades arqueológicas como consecuencia de un problema de uso de datos

¹⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, cit., p. 279.

¹⁷ BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2003, p. 39.

heredados, procedentes de las bases de datos existentes¹⁸. Muchas veces estas “referencias” hacen alusión a noticias de hallazgos antiguos sin una localización espacial definida y concreta. En el caso de los topónimos, pueden hacer alusión a lugares con probabilidad (pero sin certeza) de contener evidencias de ocupación humana pasada¹⁹. Dejando al margen las implicaciones jurídicas, esta situación pone de manifiesto una inflación del número de yacimientos y zonas arqueológicas en Galicia y que podría rondar los 2.000 elementos²⁰.

Esta inflación se incrementaría con la incorporación de grabados, como son cruces de término, o elementos delimitadores de jurisdicciones diversas (cotos, parroquias, deslindes de propiedades, etc.) que tuitivamente se apartan de lo considerado como manifestaciones de arte rupestre de acuerdo con el artículo 40.2 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, y artículo 94.2 de la LPCG.

Otro de los condicionantes recogidos en el proyecto de intervención arqueológica que definió las 25 intervenciones de prospección era el relativo a la consulta de bibliografía sobre la zona de actuación y documentación administrativa. Pues bien, aparte del yacimiento que había sido excavado por estar afectado por el trazado de una vía de alta capacidad y se ha localizado de nuevo, hemos detectado numerosas ausencias de yacimientos (por ejemplo, comarca de A Barbanza) que figuran publicados, algunos desde la década de 1980 y otros más recientes; del mismo modo que también han sido objeto de varios expedientes administrativos, o que figuran incluidos en los catálogos de los planes urbanísticos, y que todavía existen y presentan notables valores arqueológicos, no han sido incorporados y, consecuentemente, están desprotegidos de cara a los aprovechamientos forestales, dado que al no estar recogidos en la aplicación no serán detectados en el momento en que se instruya el procedimiento de autorización única²¹.

Otras disfunciones detectadas son cambios de denominación a determinados bienes sin que exista motivo aparente, o la suplantación de identidad de unos bienes por otros.

A pesar de que se intuye un esfuerzo (tímido) por realizar un registro arqueológico crítico y discriminar determinados elementos o errores, no se ha conseguido alcanzar ese objetivo, ni patrimonial ni jurídicamente, de manera satisfactoria. Atribuimos este esfuerzo al cambio que han sufrido determinados bienes que aparecen en el visor como censados; no obstante, y lejos de ser elementos jurídicamente censados, como ya hemos analizado con anterioridad, no se objetivizan los criterios seguidos para tal

¹⁸ Algunos autores han detectado esta misma problemática para la recopilación de dataciones por carbono 14 en el ámbito arqueológico (CONTRERAS, D. y MEADOW, J., “Estudios paleo demográficos basados en conjuntos de dataciones radiométricas. Una revisión crítica”, Barcelo, J.A. y Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, S.L., Madrid, 2020, p. 510).

¹⁹ GARCÍA SANJUAN, L., *Introducción al reconocimiento y análisis arqueológico del territorio*, Ariel, Barcelona, 2005.

²⁰ El proyecto de intervención arqueológica que dio soporte al contrato de geolocalización de yacimientos arqueológicos estimaba en más de 2.000 los topónimos y referencias. El proyecto está disponible en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia. Acceso web: <https://www.contratosdegalicia.gal/licitacion?OP=50&N=283450&lang=gl> (28 de noviembre de 2020).

²¹ La autorización única integra los informes sectoriales, entre ellos los arqueológicos, que incorporan las condiciones a las que ha de someterse el aprovechamiento.

cambio, y solo la confirmación de datos científicamente demostrados que acrediten la pérdida de valores culturales permitiría operar la desprotección de un bien²².

Resulta obvio que nosotros solo analizamos una parte ínfima de los resultados de la geolocalización, y que, dado que trabajaron 25 equipos en todo el territorio gallego, los resultados no son homogéneos y deben existir distintos grados de rigurosidad.

Debemos hacer nuestra la reflexión de ALONSO IBÁÑEZ²³ en relación con la catalogación: *«las causas por las que las continuas apelaciones del legislador a la necesidad de catalogar e inventariar el patrimonio existente se han incumplido pavorosamente no pueden ser atribuidas sólo a la magnitud de la tarea, a la dispersión de los elementos a proteger, a las negligencias de la Administración llamada a asumir su elaboración, ni siquiera a la precariedad de medios económicos predispuestos a tal fin. Todo ello sin duda que ha contribuido en el resultado final, pero, en el fondo, el problema deriva de la falta de una concepción general sobre la propia actividad administrativa de catalogación, lo que se ha traducido en una permanente ausencia de normas específicas que atiendan a esta labor y permitan configurar una infraestructura profesional y eficaz»*.

3 Conclusiones

1. La información sobre geolocalización de yacimientos arqueológicos disponibles en el Portal de aprovechamientos es un mero registro administrativo o un instrumento accesorio y auxiliar de naturaleza meramente instrumental, pero sin soporte legal, sorteando los regímenes de protección cultural y urbanística que afectan a los bienes arqueológicos y con una eficacia en sus determinaciones en entredicho, al no haberse tramitado, aprobado y publicado conforme a derecho. Podemos considerarlo un ámbito tutelar sin soporte legislativo que ampare la información que contiene referida al patrimonio arqueológico.

2. Los nuevos yacimientos descubiertos durante los trabajos de prospección destinados a la geolocalización de yacimientos arqueológicos no han entrado a formar parte del ámbito de los bienes integrantes del patrimonio cultural de Galicia que deban ser considerados y, consecuentemente, protegidos, salvo en el ámbito forestal, dado que no se ha articulado un sistema o mecanismo jurídico que proteja la nueva situación de los bienes para otros ámbitos o sectores con incidencia sobre el territorio.

3. El tamaño de la muestra analizada (una docena de ejemplos de yacimientos geolocalizados) no es representativo cuantitativamente ni cualitativamente; no obstante, debe servir de advertencia sobre los problemas; entre ellos, consideramos que la falta de fiabilidad y rigor en la plasmación de los resultados son factores a tener en cuenta y que podrían determinar que el “visor de aprovechamientos” careciese de la calidad suficiente; y, como consecuencia, la gestión que de él se pueda obtener podría

²² SORO MATEO, B., “La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 41-42, 2013, p. 283.

²³ ALONSO IBÁÑEZ, M.R., “Los aspectos jurídicos de la actividad de catalogación protectora”, Alonso Ibáñez, M.R. (coord.), *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2004, pp. 22-23.

resultar deficitaria y con riesgo evidente de destrucción del patrimonio arqueológico sin garantizar la protección y conservación de estos bienes.

4. El conjunto de bienes registrados en este portal presenta problemas metodológicos y deontológicos. Es un cajón de sastre donde confluyen yacimientos arqueológicos, topónimos, referencias, bienes no localizados y bienes destruidos que necesitan una reflexión crítica para discriminar determinados elementos o errores del registro, algunos de los cuales están recogidos en la documentación administrativa y bibliográfica que no se consultó, o al menos no con la suficiente profundidad, a la vista de los datos.

5. Los resultados son fruto de una actuación arqueológica autorizada, programada, financiada y supervisada por la Administración competente en materia de patrimonio cultural, pero que fue una mera cuestión de oportunidad auspiciada por la Administración forestal sin una planificación eficaz por la Administración competente en materia de patrimonio cultural, y que ha supuesto un quebranto importante de recursos públicos sin que la protección de los bienes arqueológicos sea plenamente satisfactoria. Debe exigírsele a la Administración un compromiso real, más allá de la mera declaración de intenciones, en la protección de los yacimientos arqueológicos, que presenta graves carencias demostradas e ineficacia.

Bibliografía

- ALONSO IBAÑEZ, M.R., “Los aspectos jurídicos de la actividad de catalogación protectora”, Alonso Ibáñez, M.R. (coord.), *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2004.
- BARBEITO POSE, V.J. y BUSTELO ABUÍN, J., “Los entornos de protección en la Ley 5/2016 y en el Plan básico autonómico”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 60, 2021.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, Iustel, Madrid, 2006.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2003.
- CONTRERAS, D. Y MEADOW, J., “Estudios paleo demográficos basados en conjuntos de dataciones radiométricas. Una revisión crítica”, Barcelo, J.A. y Morell, B. (eds.), *Métodos cronométricos en arqueología, prehistoria y paleontología*, Dextra Editorial, S.L., Madrid, 2020.
- FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M.F., “El registro de bienes inmuebles como actividad profesional: una aproximación teórica y una reflexión sobre la práctica. El caso asturiano”, Alonso Ibáñez, M.R. (coord.), *Los catálogos urbanísticos. Aspectos jurídicos, metodológicos y de gestión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2004.
- GARCÍA CALDERÓN, J.M., *La defensa penal del patrimonio arqueológico*, Dykinson, Madrid, 2016.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

GARCÍA SANJUAN, L., *Introducción al reconocimiento y análisis arqueológico del territorio*, Ariel, Barcelona, 2005.

SORO MATEO, B., “La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 41-42, 2013.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 447-465
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4794>
© Patricia Iglesias Rey
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 03/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Ideas forza en clave xurídica
para a captación dos fondos
europeos de recuperación:
Next Generation EU

**Ideas fuerza en clave jurídica
para la captación de los fondos
europeos de recuperación:
Next Generation EU**

61 Regap

Strong legal ideas for attracting
European recovery funds:
Next Generation EU

PATRICIA IGLESIAS REY
Letrada de la Xunta de Galicia
Letrada maior del Consello de Contas de Galicia
patricia.iglesias.rey@xunta.es

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Resumo: O Consello Europeo aprobou o 21 de xullo de 2020 a creación do programa Next Generation EU, o maior instrumento de estímulo económico xamais financiado pola Unión Europea, en resposta á crise sen precedentes causada polo coronavirus. Para poder acollerse ao Mecanismo de Recuperación e Resiliencia, os Estados membros deben presentar plans nacionais de recuperación e resiliencia en que se definan programas de actuación co obxectivo de intensificar o potencial de crecemento, a creación de emprego e a resiliencia económica e social, así como de acelerar as transicións ecolóxica e dixital. Os compromisos xurídicos dun programa completado por Next Generation EU contraeranse como moi tarde o 31 de decembro de 2023 e os pagamentos correspondentes faranse teñen como data límite o 31 de decembro de 2026. Existe, por conseguinte, un marco temporal relativamente curto durante o cal se poderá facer uso dos fondos. Os fondos europeos COVID son unha especie de "luz ao final do túnel" que nos permite manter certa esperanza no noso futuro como país.

Palabras clave: Fondos europeos de recuperación, fondos Next Generation EU, Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, mecanismos de control, transparencia e integridade, xestión preventiva

de riesgos para detectar e evitar irregularidades, fraude, conflictos de intereses e doble financiamiento nos fondos europeos.

Resumen: El Consejo Europeo aprobó el 21 de julio de 2020 la creación del programa Next Generation EU, el mayor instrumento de estímulo económico jamás financiado por la Unión Europea, en respuesta a la crisis sin precedentes causada por el coronavirus. Para poder acogerse al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, los Estados miembros deben presentar planes nacionales de recuperación y resiliencia en que se definan programas de actuación con el objetivo de intensificar el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica y social, así como de acelerar las transiciones ecológica y digital. Los compromisos jurídicos de un programa completado por Next Generation EU se contraerán a más tardar el 31 de diciembre de 2023 y los pagos correspondientes se harán como muy tarde el 31 de diciembre de 2026. Existe, por consiguiente, un marco temporal relativamente corto durante el cual se podrá hacer uso de los fondos. Los fondos europeos COVID son una especie de *"luz al final del túnel"* que nos permite mantener una cierta esperanza en nuestro futuro como país.

Palabras clave: Fondos europeos de recuperación, fondos Next Generation EU, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, mecanismos de control, transparencia e integridad, gestión preventiva de riesgos para detectar y evitar irregularidades, fraude, conflictos de intereses y doble financiación en los fondos europeos.

Abstract: On 21 July 2020, the European Council approved the creation of the Next Generation EU program, the largest instrument of economic stimulus ever to be financed by the European Union, in response to the unprecedented crisis caused by the coronavirus. In order to be eligible for the Recovery and Resilience Mechanism, Member States must present national recovery and resilience plans defining action programs aimed at enhancing the potential for growth, job creation and economic and social resilience, as well as accelerating the ecological and digital transitions. Legal commitments for a programme completed by Next Generation EU will be made no later than 31 December 2023. The relevant payments will be made no later than 31 December 2026. Therefore, the funds must be used during a relatively short timeframe. European COVID funds are a kind of *"light at the end of the tunnel"* that allows us to maintain some hope for our future as a country.

Key words: European recovery funds, Next Generation EU funds, Recovery, Transformation and Resilience Plan, control mechanisms, transparency and integrity, preventive risk management to detect and avoid irregularities, fraud, conflicts of interest and double financing in European funds.

SUMARIO: 1 Introducción: el por qué y para qué de los fondos europeos para la transformación, recuperación y resiliencia. 2 El *nomen iuris* de los diferentes mecanismos, instrumentos y fondos europeos para la recuperación. 3 Claves jurídicas del mecanismo europeo de recuperación y resiliencia. 4 ¿Cuáles son las claves del Real Decreto-ley 36/2020 de medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación? 5 La Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia. 6 Críticas constructivas a modo de conclusión.

1 Introducción: el por qué y para qué de los fondos europeos para la transformación, recuperación y resiliencia

El presupuesto a largo plazo de la UE, junto con la iniciativa Next Generation EU, que es un instrumento temporal concebido para impulsar la recuperación, será el mayor paquete de estímulo jamás financiado a través del presupuesto de la UE. Un total de 1,8 billones de euros ayudará a reconstruir la Europa posterior a la COVID-19, que será

más ecológica, digital y resiliente. El nuevo presupuesto a largo plazo aumentará los mecanismos de flexibilidad para garantizar su capacidad de hacer frente a necesidades imprevistas. Se trata de un presupuesto preparado no solo para las realidades actuales, sino también para las incertidumbres del futuro.

El 10 de noviembre de 2020, se alcanzó un primer acuerdo entre el Parlamento Europeo y los países de la UE en el Consejo sobre el próximo presupuesto de la UE a largo plazo y Next Generation EU. Este acuerdo permitió reforzar programas específicos con cargo al presupuesto a largo plazo para el período 2021-2027 por un total de 15.000 millones de euros.

Las prioridades de la Comisión Europea pasan por invertir en tecnologías limpias, transporte sostenible, digitalización de los servicios públicos y la adaptación de los sistemas educativos, entre otras, animando a que se incluyan en estos planes inversiones y reformas para los siguientes ámbitos emblemáticos:

- Activación. Puesta en marcha temprana de tecnologías limpias con perspectivas de futuro y aceleración del desarrollo y el uso de energías renovables.
- Renovación. Mejora de la eficiencia energética de los edificios públicos y privados.
- Carga y repostaje. Fomento de tecnologías limpias con perspectivas de futuro a fin de acelerar el uso de un transporte sostenible, accesible e inteligente, de estaciones de carga y repostaje, y la ampliación del transporte público.
- Conexión. Despliegue rápido de servicios de banda ancha rápida en todas las regiones y hogares, incluidas las redes de fibra y 5G.
- Modernización. Digitalización de la Administración y los servicios públicos, incluidos los sistemas judicial y sanitario.
- Ampliación. Aumento de las capacidades industriales europeas en materia de datos en la nube y desarrollo de procesadores de máxima potencia, de última generación y sostenibles.
- Reciclaje y perfeccionamiento profesionales. Adaptación de los sistemas educativos en apoyo de las competencias digitales y la educación y la formación profesional a todas las edades.

España tiene por delante una misión complicada. El reto más importante de su historia reciente. Es el primer país más beneficiado por los fondos que va a poner Europa sobre la mesa para la reconstrucción de la crisis provocada por la pandemia y la transformación de su economía en los próximos seis años. Un paquete de ayudas de 200.000 millones de euros que podría rondar el 3 % del PIB anual, donde se integran 140.000 millones del fondo Next Generation EU, el más potente. Con ellos pretende invertir 72.000 millones de euros en los próximos tres ejercicios (a través de las subvenciones del Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia y del programa REACT-EU, que se destinarán en un 37 % a inversión verde y en un 33 % a la transformación digital).

España no tiene un buen desempeño en la gestión de los fondos europeos, reconoce la propia Comisión Europea. A finales del año pasado, había certificado el 33 % de las ayudas y seleccionado el 72 % de los proyectos.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

En este contexto, si bien es necesario reducir la burocracia en la Administración y flexibilizar los mecanismos de control en los procedimientos administrativos para captar los fondos europeos¹, no es menos cierto que dicha flexibilización no puede ser un pretexto para suavizar la plena aplicación de los principios de transparencia y de integridad institucional en el sector público, que sin duda coadyuvarán a implementar planes de gestión de riesgos preventivos en las entidades públicas destinados a detectar irregularidades, fraude y conflictos de intereses en la gestión de los fondos europeos COVID-19, como viene exigiendo de forma indubitada Europa. En esta nueva época pospandemia tanto los órganos de gestión en el primer nivel como los órganos de control interno (intervenciones y asesorías jurídicas) en el segundo nivel, así como los órganos de control externo (Tribunal de Cuentas y órganos autonómicos equivalentes) están llamados a jugar un papel nuclear y de colaboración mutua.

2 El *nomen iuris* de los diferentes mecanismos, instrumentos y fondos europeos para la recuperación

La pretensión de estas notas es hacer referencia a las fechas más relevantes en el contexto comunitario durante el proceso de gestación de los fondos europeos de recuperación, así como delimitar el concepto jurídico y alcance de cada uno de los instrumentos que conforman los Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia.

El 23 de abril de 2020, el Consejo Europeo refrendó una «hoja de ruta para la recuperación» con el fin de reparar las enormes perturbaciones de la economía y mitigar, por un lado, las consecuencias sociales y económicas en la Unión derivadas de las restricciones excepcionales establecidas por los Estados miembros para contener la propagación de la COVID-19 y, por otro, el riesgo de una recuperación asimétrica, suscitado por los distintos medios de que disponen los Estados miembros a nivel nacional. Ya en este momento, la hoja de ruta para la recuperación tiene un fuerte componente de inversión e insta a la creación del Fondo Europeo de Recuperación (FER).

Otra fecha histórica en el ámbito político del Consejo Europeo es el 21 de julio de 2020, cuando se encomienda a la Comisión que analice las necesidades y haga el diagnóstico (jurídico y financiero) con el fin de orientar los recursos hacia esos sectores y partes geográficas de la Unión más afectados, y aclara también el vínculo con el marco financiero plurianual (MFP) para el período 2021-2027², cuyo reglamento ya ha sido aprobado (Reglamento UE 2020/2094).

¹ IGLESIAS REY, P., "El proyecto del Real Decreto-ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia, no puede suponer una merma de los mecanismos de control", *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 27 de noviembre de 2020. Acceso web: <http://www.obcp.es/opiniones> (mayo de 2021).

² De conformidad con el Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre por el que se establece el Instrumento de Recuperación y Resiliencia, aprobado por Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020R2094> (mayo de 2021).

Desde entonces, el Parlamento Europeo y el Consejo, con la participación de la Comisión Europea, han mantenido trece diálogos políticos trilaterales sobre el acuerdo con el objetivo de afinar sus parámetros finales.

De acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de 21 de julio de 2020, los compromisos jurídicos de un programa completado por “Next Generation EU” se contraerán a más tardar el 31 de diciembre de 2023 y los pagos correspondientes se harán como muy tarde el 31 de diciembre de 2026. Existe, por consiguiente, un marco temporal relativamente corto durante el cual se podrá hacer uso de los fondos.

- Los Next Generation EU (NGUE) se definen como un instrumento temporal de recuperación dotado con 750.000 millones de euros que contribuirá a reparar los daños económicos y sociales inmediatos causados por la pandemia de coronavirus. La Europa posterior a la COVID-19 será más ecológica, más digital, más resiliente y mejor adaptada a los retos actuales y futuros.

Forma parte de los NGUE:

- El Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (MRR) es el elemento central de Next Generation EU, con 672.500 millones de euros en préstamos y subvenciones disponibles para apoyar las reformas e inversiones emprendidas por los países de la UE. El objetivo es mitigar el impacto económico y social de la pandemia de coronavirus y hacer que las economías y sociedades europeas sean más sostenibles y resilientes y estén mejor preparadas para los retos y las oportunidades de las transiciones ecológica y digital.

Los Estados miembros deberán ir trabajando en sus planes nacionales de recuperación y resiliencia para acceder a los fondos en el marco del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia³. El Plan Nacional de Recuperación Transformación y Resiliencia fue aprobado en el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021 y enviado ya a la Comisión Europea⁴.

- Por otra parte, forma parte de los NGUE la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa, que se inyectará a través de los fondos REACT-UE⁵. Se trata de una nueva iniciativa que continúa y amplía las medidas de respuesta y reparación de crisis aplicadas que se pondrán a disposición de forma adicional de los siguientes fondos:

- Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

³ El Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) ha sido publicado el 18 de febrero de 2021 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80170> (junio de 2021).

⁴ Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica en el BOE el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Acceso web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7053 (junio de 2021).

⁵ El Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT-UE) ha sido publicado el 28 de diciembre de 2020 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

- Fondo Social Europeo (FSE).
- Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD).

Estos fondos adicionales REACT-UE se aportarán en 2021-2022 con cargo a Next Generation EU y en 2020, a través de una revisión específica del actual marco financiero.

Los fondos REACT-UE se inyectarán directamente a las comunidades autónomas. El reparto de los fondos REACT-UE, desde la aprobación del Reglamento (UE) 2020/2221 el 23 de diciembre de 2020, permite a España obtener financiación adicional por un importe de 12.400 millones. Hasta que se materialicen las ayudas europeas, el Gobierno adelantará liquidez a las comunidades autónomas y a los ayuntamientos de los fondos REACT-UE para que pongan en marcha los proyectos de recuperación cuanto antes. Los criterios contemplados para la asignación de los fondos REACT fueron: la población, el producto interior bruto (PIB) per cápita y la tasa de paro media de los últimos cinco años en comparación con el promedio de la UE.

- Además del FER, el MFP y el MRR específicamente regulados para hacer frente a la crisis sanitaria, no podemos dejar de mencionar en estas notas la reprogramación de los Programas Operativos de los Fondos Estructurales “clásicos” (FEDER, FSE y el Fondo Europeo de Desarrollo Rural), con un gasto adicional de 39.640 millones.

A diferencia del Plan de Recuperación, los Fondos Estructurales son dinero que sí o sí está garantizado para España. Es decir, que entre los Fondos Estructurales tradicionales, y el complemento a estos que es el REACT, las comunidades autónomas gestionarán más dinero en actividades tradicionales de Fondos Europeos que los 40.000 que de momento tiene prometido el Gobierno de España con el Plan de Recuperación/MRR.

Frente a los múltiples instrumentos y fondos COVID-19, recursos propios e impuestos armonizados, que se pretende acometer en el ámbito comunitario, conviene aclarar que el Estado español (como el resto de los Estados miembros de la UE), antes de recibir la parte de esos fondos europeos que finalmente le corresponda, tuvo que elaborar un detallado y exigente Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) que contuviese paquetes coherentes de reformas e iniciativas de inversión que se implementarán hasta 2026. El PRTR nacional fue enviado por el Gobierno de España a la CE el 27 de abril de 2021 y solo contará con el apoyo MRR de la UE, previa evaluación por parte de la Comisión Europea y aprobación por el Consejo Europeo.

Por tanto, es imprescindible a continuación desmigalar la arquitectura jurídica y los requisitos para que los Estados miembros, incluida España, puedan acceder al MRR.

3 Claves jurídicas del mecanismo europeo de recuperación y resiliencia

Enmarcado dentro de lo que es el Instrumento de Recuperación y Resiliencia, aprobado por Reglamento (UE) 2020/2094, del Consejo, de 14 de diciembre, donde

se regulaban los conocidos como fondos europeos Next Generation EU, el MRR marcará parte del futuro político, económico y social de este país, al menos por unos años, conjuntamente con el resto de fondos NGEU y los “tradicionales” del Marco Financiero Plurianual 21-27.

Las claves jurídicas las podemos sintetizar en las siguientes:

1. La importancia de los pilares

La lectura de los considerandos 10 a 16 del Reglamento (UE) 2020/2094, del Consejo, de 14 de diciembre, es de gran interés para comprender la importancia de los pilares del MRR con los que necesariamente se deben alinear los proyectos e inversiones de los planes nacionales para su captación. El artículo 3 (ámbito de aplicación) los sintetiza del siguiente modo:

- Transición ecológica.
- Transformación digital.
- Crecimiento inteligente, sostenible e integrador.
- Cohesión social y territorial.
- Salud, y resiliencia económica, social e institucional.
- Políticas de próxima generación (infancia, juventud, educación y desarrollo de capacidades).

2. La evaluación y medición va a ser distinta que en los fondos europeos “tradicionales”: cumplimiento de objetivos e hitos

La pretensión de la UE es que el MRR sirva para alcanzar el objetivo general de destinar el 30 por ciento de los gastos del presupuesto a apoyar objetivos climáticos (la Agenda 2030 está presente en esta idea y en la proyección estratégica europea de alcanzar la neutralidad climática para 2050), así como otros objetivos vinculados con la Agenda Digital Europea.

a. Las medidas de transición ecológica incluidas en los planes estatales de recuperación y resiliencia deberán representar un importe que suponga al menos el 37 por ciento de la asignación total del citado plan.

b. Por lo que corresponde a la digitalización, ese porcentaje debe alcanzar al menos el 20 por ciento.

Por tanto, como mínimo un 57 por ciento de las inversiones previstas deberán dedicarse a esos dos pilares. Y eso marcará, sin duda, el propio PRTR, como también los proyectos que se pretendan impulsar.

Hay que tener en cuenta que el cumplimiento de esos umbrales mínimos se valora en la evaluación cuantitativa de los planes de recuperación y resiliencia del Estado miembro que lleva a cabo la Comisión (artículo 16) y en el criterio de pertinencia establecido en el artículo 19.3 en relación con esa misma evaluación del plan. Según el artículo 3.4) del Reglamento, “*los hitos constituyen logros cualitativos y los objetivos constituyen logros cuantitativos*”. Estas precisiones son importantes para la elaboración del PRTR, pero también de los proyectos de inversión y asimismo de las reformas

que se planteen, que deben venir acompañadas siempre de una determinación de logros cualitativos y cuantitativos.

Pues bien, el MRR diferencia claramente el alcance de lo que son los hitos del que corresponde a los objetivos. Así, dice que ambos conceptos tienen en común ser “medidas de progresión hacia la consecución de una reforma o una inversión”. Así, tanto reformas como proyectos de inversión deben recoger hitos y objetivos.

3. El vehículo para captar los fondos del MRR son los planes nacionales de recuperación y resiliencia

El capítulo III del Reglamento del MRR regula los planes de recuperación y resiliencia (en el caso de España, el PRTR ya enviado a la Comisión el 28 de abril de 2021). Son la puerta de acceso a los fondos MRR. Si no se franquea, no hay acceso a los recursos, y para ello deben alinearse con los objetivos del artículo 4. Deben incluir un programa de reformas e inversiones que debe contener “un conjunto de medidas coherente y exhaustivo”, pudiendo incluir programas públicos “destinados a incentivar la inversión privada” (véase, asimismo, el considerando 32).

Como máximo, el 31 de julio de 2022, la Comisión elaborará un informe de evaluación y revisión sobre la aplicación del Mecanismo para cada Estado Miembro.

El Plan de Recuperación será evaluado por la Comisión de acuerdo con su pertinencia, eficacia, eficiencia y coherencia, pudiendo ser la valoración positiva o negativa. Si es positiva, la Comisión propondrá al Consejo su aprobación por decisión ejecutiva.

En tal propuesta se determinarán los hitos y objetivos a cumplir en las reformas y proyectos. El plazo de ejecución no podrá ser superior al 31 de agosto de 2026, momento en el que se deberán haber alcanzado todos los hitos y objetivos finales.

4. La apuesta decidida del MRR por la prevención eficaz de los conflictos de intereses, el fraude y las irregularidades

Debemos tener presente siempre que los recursos financieros de este MRR europeo proceden de la mutualización de deuda de los países miembros. Y, por tanto, se trata de garantizar la protección de los intereses de la Unión, de tal modo que los Estados miembros, al ejecutar el MRR, adoptarán todas las medidas adecuadas para proteger tales intereses y velar por que la utilización de los fondos se lleve a cabo de acuerdo con el derecho de la Unión y el nacional del Estado miembro, pero particularmente “en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses”.

Dado el volumen de recursos financieros que se pondrá en circulación en muy poco tiempo, tal como advirtió el Dictamen del Tribunal de Cuentas Europeo (TCUE) N. 6/2020 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia⁶, se incide en la necesidad de implementar y reforzar en los Estados miembros medidas más eficaces para luchar contra el fraude y poder prevenir los riesgos como los conflictos

⁶ Dictamen n. 6/2020 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818> (mayo de 2021).

de intereses o doble financiación derivados de la existencia de recursos adicionales tan importantes.

En los considerandos del Reglamento (UE) 2021/24 del MRR hay llamadas expresas (y algunas muy extensas) a prevenir y perseguir de forma efectiva el fraude fiscal, la corrupción y los conflictos de intereses. Por ejemplo, el considerando 40 establece el “principio de buena gestión financiera”, haciendo mención a la necesidad de prevenir y corregir tales riesgos y malas prácticas. También, dentro de la valoración de la eficiencia del Plan de Recuperación (artículo 19) se recoge expresamente que se tendrá en cuenta en la evaluación que haga la Comisión si los Estados miembros disponen de sistemas de prevención, detección y corrección de la corrupción, el fraude y los conflictos de intereses en la utilización de los fondos.

En concreto, el artículo 22 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 establece el deber de los Estados miembros, ya sean beneficiarios, en el caso de ayudas directas, o prestatarios, en el caso de ayudas reembolsables, de adoptar las medidas necesarias para garantizar la correcta gestión de los fondos con el objetivo de prevenir, detectar y corregir los posibles fraudes que puedan producirse en su gestión.

4 ¿Cuáles son las claves del Real Decreto-ley 36/2020 de medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación?

El Real Decreto-ley 36/2020 (RDL/36/2020) se estructura en 69 artículos, divididos en cuatro títulos; seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y trece disposiciones finales. El RDL 36/2020 tiene por objeto:

- Establecer las disposiciones que faciliten la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiadas con los fondos europeos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado por el Consejo Europeo el pasado 21 de julio de 2020; y
- Establecer un conjunto de medidas para la implementación de un Plan (nacional) de Recuperación, Transformación y Resiliencia que debe ser aprobado por el Consejo de Ministros para su presentación ante la Comisión Europea.

Las claves de la reforma del RDL se pueden sintetizar en los puntos siguientes:

1. Objeto de la norma y aplicación preferente a los fondos europeos

Los artículos 1 (objeto) y 2 (ámbito de aplicación) requieren un análisis preciso, pero en síntesis debemos tener en cuenta las siguientes reflexiones:

El RDL se aplicará no solo a los fondos NGEU, sino también al resto de fondos europeos, aunque no todo el articulado, lo que obliga a ir continuamente a remisiones entre artículos para conocer qué contenido del RDL se aplica a todos los fondos europeos

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

COVID-19, al MRR (NGUE y REACT-UE) o solo al Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia que ejecutará los fondos:

a) El título I (disposiciones generales), el capítulo III (instrumentos de gestión pública) del título III (instrumentos de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) y los capítulos II (especialidades en la tramitación de los procedimientos), III (especialidades en materia de contratación), IV (medidas de agilización de los convenios financiados con fondos europeos), V (medidas de agilización de las subvenciones financiados con fondos europeos) y VI (especialidades en materia de evaluación ambiental) del título IV (especialidades de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia), así como el artículo 46, se aplicarán a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones que sean financiados con los fondos europeos del Instrumento Europeo de Recuperación, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca.

b) El capítulo II (estructuras de gobernanza) del título III (instrumentos de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) y el capítulo VII (instrumentos de colaboración público-privada para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española) del título IV (especialidades de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) se aplicarán a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público en relación con los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

c) El capítulo I (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) del título III (instrumentos de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) y el capítulo I (especialidades en materia de gestión y control presupuestario) del título IV (especialidades de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) se aplicarán a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la programación, presupuestación, gestión, ejecución y control de proyectos y actuaciones que sean financiados con los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación.

El contenido RDL no es solo de aplicación temporal para ejecución de los fondos europeos, sino que es importante tener en cuenta que tendrá implicaciones estructurales (título II) con carácter de permanencia, como son por ejemplo: las modificaciones de la normativa básica de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), en lo referente a los convenios de colaboración; la modificación de la Ley 9/2017, de contratos del sector público; o la regulación de la figura de los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE), o la planificación estratégica.

La regla general es que el RDL será de aplicación, con carácter general, a todas las entidades que integran el sector público (en los términos definidos en el artículo 2.1 de la LRJSP, esto es: a) la Administración general del Estado; b) las administraciones de las comunidades autónomas; c) las entidades que integran la Administración local; y d) el sector público institucional.

El sector público institucional está integrado por:

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

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas; por ejemplo, una fundación pública que va a otorgar subvenciones con cargo a los fondos europeos aplicará las especialidades del RDL lo mismo si tramita un convenio de colaboración o lícita como poder adjudicador para ejecutar un proyecto con cargo a fondos europeos.

c) Las universidades públicas, que se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente ley.

2. Carácter básico sí pero no todo el contenido del RDL

La disposición final primera del RDL esgrime un conjunto de títulos competenciales como habilitadores de la norma excepcional. También detalla qué capítulos, artículos, apartados de artículos o disposiciones adicionales, transitorias y finales, tienen el carácter de normas básicas. Serán las comunidades autónomas las que deberán proceder a regular un modelo de gestión de fondos europeos propio. Aun así, la normativa básica aborda determinadas cuestiones: colaboración público/privada; procedimiento; contratación pública; subvenciones; convenios de gestión de fondos.

3. Los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE)

El RDL opta por concentrar esfuerzos que aúnen el liderazgo de lo público con la colaboración privada, y cuyo producto estrella son los PERTE. Su declaración la hace el Consejo de Ministros, pero la proponen los departamentos, individual o conjuntamente. Los criterios para calificar un proyecto de estratégico son abiertos (“entre otros”), lo que incrementa los ya de por sí amplios espacios de discrecionalidad gubernamental.

- Un PERTE tiene que ser multiplicador del crecimiento económico y del empleo; debe combinar actores públicos con privados;
- Es determinante su impronta innovadora;
- Debe permitir sumar no solo a varios actores públicos, sino especialmente pequeña y mediana empresa, y debe ligarse con uno o varios objetivos del Plan de Recuperación (mejor con varios, la transversalidad incrementa su valor).

Y, además, deben ser proyectos *grandes*, tanto en la movilización de recursos y actores como de objetivos, pues, si bien un proyecto puede estar enmarcado en un *único objetivo*, se aboga por que los proyectos “micro” se inserten en proyectos macro PERTE.

4. Una estructura de *gobernanza pública muy centralizada y con control gubernamental de todo el proceso*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- El modelo de gobernanza descansa principalmente en una Comisión de Recuperación, Transformación y Resiliencia con todos los ministros.
- Se prevé una comisión técnica de apoyo, pero la batuta la llevará el denominado departamento de Asuntos Económicos y G20 del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.
- Especialmente, una Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, adscrita al Ministerio de Hacienda, que será el “gran repartidor territorial”. Se limita el papel de las comunidades autónomas y orilla casi por completo el papel de los gobiernos locales.
- La autoridad responsable del control del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia será la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).

Se ha optado por un *control interno* y no por encargar la supervisión del control de los fondos por medio de una autoridad independiente (por ejemplo, la AIREF). Esto podrá tener respuestas desde la Unión Europea. El artículo 21 del RDL que finalmente se publicó en el BOE tiene un mayor alcance sobre las competencias que se le atribuyen a la Intervención General de la Administración del Estado como autoridad de control de auditoría. La IGAE tendrá acceso a todos los sistemas de información tanto públicos como privados, aparece mencionado en el citado artículo el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA) con atribución de labores de prevención, detección e investigación de conductas fraudulentas y el compromiso de dotar a la IGAE con más medios materiales.

- Se prevé la incorporación de externos de prestigio, autoridades o comisiones independientes.

En el momento actual, por el sistema de gobernanza pública diseñada en el articulado del RDL de medidas urgentes parece que el Gobierno ha renunciado, aunque puede que se diseñe en un futuro, a crear un organismo independiente encargado específicamente de monitorizar la gestión de los fondos y ha optado por asignar esa función a la Dirección General de Asuntos Económicos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

5. Simplificación y agilización de los procedimientos administrativos vinculados a la ejecución de los fondos COVID

Actúa en los ejes tractores de la gestión pública.

- En el procedimiento administrativo común (PAC) se refuerza la digitalización y potenciación de la Administración electrónica: todas las convocatorias derivadas de la ejecución del plan se realizarán por sede electrónica; todos los procedimientos vinculados a la ejecución de los fondos serán urgentes; para lograr mayor publicidad se podrá difundir toda la información con carácter previo al impulso de procedimientos de licitación en ejecución del plan.
- Contratación pública: se modifica la LCSP con la finalidad de reducción de los plazos de tramitación (tramitación urgente de fondos COVID; se eleva el umbral económico de los PAS y PASS; se elaboran pliegos tipo PACP y PPT;

se revisan autorizaciones e informes; se revisan plazos de interposición de recurso especial y se flexibiliza la contratación directa con medios propios; se realiza una programación anual de contratos para ejecutar el plan y se prioriza la digitalización y licitación electrónica).

- Subvenciones públicas: se simplifica tanto la gestión interna (informes y autorizaciones) como externa (elevación del umbral económico cuenta justificativa simplificada, obligaciones tributarias y Seguridad Social, compensaciones en conceptos subvencionables). Se regula como preferente el procedimiento de concesión de concurrencia no competitiva.
- Convenios de colaboración financiables con fondos COVID: se simplifican los trámites mediante la modificación de la LRJSP (eliminación de trámites, reduciendo plazos de informes preceptivos, ampliando la vigencia y permitiendo anticipos).

6. Flexibilización en la gestión de los recursos humanos (normativa no básica)

El RDL articula una serie de medidas para el aprovechamiento del talento para lograr la correcta ejecución de los fondos y se adoptan medidas en la Administración general del Estado (AGE) para fomentar la captación de personal, la evaluación y el reconocimiento del trabajo:

- Mecanismos de provisión en recursos humanos basados en las unidades temporales para la ejecución del plan: tendrán carácter temporal, mediante el análisis y distribución de cargas de trabajo que va a conducir a la reorganización y reasignación del personal.
- Se recoge la atribución de funciones a tiempo parcial.
- Se introducen dos nuevos complementos retributivos: variable por consecución de objetivos y variable por asignación de funciones adicionales a tiempo parcial.
- En el ámbito de la AGE se reforzarán los medios personales de la IGAE y de la Dirección General de Fondos Comunitarios.

7. Planificación estratégica y principios de buena gestión

Se impone la planificación estratégica como herramienta de apoyo a la implementación del plan, fijando las actuaciones, proyectos, estimación de inversiones y gastos, indicación de objetivos y actuaciones, propuestas de reorganización de efectivos necesarios, propuestas normativas para los recursos humanos.

La norma completa un conjunto de principios de buena gestión que introduce normativamente la noción de buena Administración.

8. Flexibilidad de los controles económicos y presupuestarios

- En materia de gestión y ejecución presupuestaria.
- En materia de fiscalización y control: se modula el ejercicio de la función interventora para los expedientes de ejecución del plan, despacho prioritario,



reducción de plazos, límite de los controles documentales a los estrictamente necesarios.

9. Control, transparencia y rendición de cuentas

- Importante: se mantienen intactas las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas, que no establecen excepciones.
- Como un mecanismo específico de rendición de cuentas, en el artículo 22 (contenido que no se contemplaba en el proyecto aprobado en el Consejo de Ministros el 22 de diciembre de 2020), se prevé que el Gobierno informará trimestralmente sobre los progresos y avances del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ante la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales.
- Crítica constructiva: se echa de menos implementar una cultura preventiva de gestión de riesgos para evitar irregularidades, fraudes y en última instancia eventuales corruptelas: sistemas de integridad, planes preventivos de gestión de riesgos OCDE, Plan de Gobierno Abierto (2020-2021) recientemente aprobado y una regulación específica en materia de detección de los conflictos de intereses.

10. Creación de una ventanilla única

Se prevé la creación de un portal web único del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (art. 36) como instrumento capaz de centralizar y canalizar la distribución de toda la información sobre este destinada a los distintos interesados y agentes relacionados con el plan.

- Este portal serviría como “ventanilla única” del plan, facilitando las solicitudes y la tramitación de los procedimientos a los interesados, como punto formal de relación con la Administración.

Ofrecerá un servicio de atención a las personas o entidades interesadas en participar en las convocatorias derivadas del instrumento de recuperación para Europa, sirviendo como *help desk* para los interesados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

11. Recuperación de las agencias públicas

- Para el cumplimiento de los principios y directrices de gestión con la finalidad de incorporar instrumentos de mejora de los servicios públicos a través de entidades que cuenten con un mayor nivel de autonomía, flexibilidad en la gestión, responsabilidad y control de los resultados, se recupera la figura de las agencias estatales como organismo público (se modifica la LRSP por medio de la LPGE).
- Así, en el artículo 108 bis, ter y *quater*, por lo que ahora importa, se “revive”, con algunos matices, la regulación de las agencias que fueron derogadas a plazo por la LRJSP (hace más de 15 años).

5 La Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia

De un modo similar al RDL 36/2020, la Ley gallega 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa, además de regular sistemas de apoyo administrativo a la implantación de iniciativas empresariales y la agilización de procedimientos administrativos, regula unas especialidades en materia de gestión y ejecución de los fondos que se vayan a financiar con los fondos europeos de recuperación (artículos 64 y siguientes) de los que destacamos las siguientes ideas fuerza:

1. Mecanismos de seguimiento y control

Corresponderá a las direcciones generales con competencias en materia de planificación y presupuestos y de fondos europeos la planificación, programación y gestión de la ejecución de los fondos en el marco de las competencias de la Administración general de la comunidad autónoma, y asumirán la condición de autoridades responsables ante la Administración general del Estado y de las instituciones europeas.

La Intervención General de la Comunidad Autónoma se configura como el órgano de control de los fondos, sin perjuicio de las funciones de auditoría en los controles que establezcan la Administración general del Estado y las instituciones europeas.

2. Tramitación de urgencia de los procedimientos administrativos de ejecución de gastos con cargo a los fondos

Se declara la aplicación de la tramitación de urgencia y del despacho prioritario, en los términos previstos en los artículos 33 y 71, respectivamente, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, de los procedimientos administrativos que impliquen la ejecución de gastos con cargo a estos fondos. El órgano administrativo motivará esta circunstancia de urgencia en el correspondiente acuerdo de inicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 50 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre.

En ningún caso será objeto de reducción la duración de los plazos referidos a la presentación de solicitudes y de recursos.

3. Tramitación anticipada de los procedimientos administrativos de ejecución de gastos con cargo a los fondos

En caso de que se inicie en el ejercicio corriente la tramitación de expedientes de gasto, pero su ejecución presupuestaria no vaya a tener lugar hasta el ejercicio siguiente u otros ejercicios posteriores, será posible su tramitación anticipada a lo largo de dicho ejercicio, y podrá llegar hasta la fase de formalización del compromiso de gasto en el ejercicio corriente.

4. Utilización de medios propios

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Para la aplicación de estos fondos, los poderes adjudicadores autonómicos y las entidades contratantes podrán organizarse para ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obra y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de un medio propio, de acuerdo con la legislación aplicable. En estos casos es exigible la autorización del Consejo de la Xunta previa a la suscripción de un encargo cuando su importe supere los cuatro millones de euros.

5. Convenios suscritos para la ejecución de proyectos con cargo a los fondos

Excepcionalmente, el plazo de vigencia de estos convenios podrá tener una duración superior a la legalmente establecida, pudiendo llegar como máximo a los seis años, con la posibilidad de una prórroga de hasta seis años de duración. Esta excepción deberá ser justificada motivadamente por el órgano competente, con especial mención a que dicha extensión o prórroga no limitará la competencia efectiva en los mercados.

Asimismo, no les será exigible la autorización del Consejo de la Xunta, excepto cuando impliquen la asunción de obligaciones de contenido económico por un importe superior a 300.000 euros.

6. Requisitos para la tramitación de subvenciones financiadas con cargo a los fondos

Para la tramitación de la aprobación de las bases reguladoras y la convocatoria de estas subvenciones, previstas en el artículo 14 de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, y en el artículo 18.2 del Decreto 11/2009, de 8 de enero, por el que se aprueba su reglamento, serán exigibles el informe de los servicios jurídicos correspondientes, el de Planificación y Fondos y el informe de la Intervención General, que, en todo caso, será emitido en el plazo improrrogable de diez días naturales.

a) Se eleva el umbral económico previsto en el artículo 51.1 del Decreto 11/2009, de 8 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, para la presentación de una cuenta justificativa simplificada por parte del beneficiario de la subvención, y se amplía dicho importe hasta los 100.000 euros.

b) Se eleva hasta los 10.000 euros el límite para acreditar el cumplimiento de las obligaciones con la Administración pública de la Comunidad Autónoma, con la Administración del Estado y con la Seguridad Social recogido en el artículo 11, letra i), del Decreto 11/2009, de 8 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia.

c) Para los supuestos en que las solicitudes deban venir acompañadas de memorias económicas, se flexibilizarán los compromisos plasmados en ellas, en el sentido de que se permitan compensaciones entre los conceptos presupuestados, siempre que se dirijan a alcanzar el fin de la subvención.

7. Especialidades en materia de gestión de personal

En aquellas *consellerías* o entidades dependientes de ellas donde se gestionen proyectos financiados con fondos de los instrumentos europeos de recuperación o

con otros fondos europeos, corresponderá a las personas titulares de las secretarías generales técnicas realizar un análisis de la carga de trabajo existente en las diferentes unidades con el fin de poder reasignar efectivos, de acuerdo con lo establecido en esta ley, en aquellas que, de manera prioritaria, tengan por finalidad gestionar los citados fondos.

La cobertura de las necesidades de personal para la gestión de los fondos se realizará prioritariamente con efectivos de la propia *consellería* o de los entes dependientes de ella mediante una reasignación temporal de funciones o tareas, sin perjuicio de la posible utilización de los mecanismos previstos con carácter general en la legislación de empleo público. La persona titular de la secretaría general técnica de la correspondiente *consellería* impulsará con la máxima celeridad las acciones indicadas que sean necesarias para agilizar la absorción y ejecución de los fondos europeos.

El personal adscrito a los grupos de trabajo o a las unidades de apoyo temporal que gestionen dichos fondos podrá, en los términos establecidos en la legislación presupuestaria y reguladora del empleo público, percibir complementos de productividad o gratificaciones extraordinarias dentro de los límites derivados de las consignaciones presupuestarias.

Por razones de eficacia y eficiencia, podrán constituirse unidades administrativas de carácter provisional mediante la modificación de la correspondiente relación de puestos de trabajo, para la gestión y ejecución de los proyectos financiados con fondos de los instrumentos europeos de recuperación u otros fondos europeos.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

6 Críticas constructivas a modo de conclusión

1. Es el momento de liderar desde lo público, crear sinergias y no funcionar como departamentos estancos, incluso en un mismo ministerio, *consellería* o servicio. Fomentar sinergias: hay que construir red en torno a proyectos concretos. Se deben crear grupos de trabajo interadministrativos en los que se parta de experiencias innovadoras, estar dispuestos a escuchar, aprender de los demás (aunque nos pensemos mejores).

Crear equipos especializados en el ámbito público y en los tres niveles (estatal, autonómico y local) y con experiencia previa en contratación pública, así como oficinas de gestión centralizada de las convocatorias. Y simplificar y eliminar duplicidades en los procedimientos de gestión de las ayudas, pero con profesionalización de los empleados públicos, que *habelos hainos* y muchos, como se dice en mi tierra. Ante este número importante de solicitudes que se espera recibir, el documento recoge la posibilidad de ampliar el personal público.

2. Ahora más que nunca, en este nuevo contexto de recuperación de la situación de crisis sanitaria, es el momento en que se debe fomentar la implementación de sistemas de integridad en el sector público, en el que se incluyan planes de gestión preventiva de riesgos que permitan identificar, evaluar y verificar medidas para prevenir conductas corruptas, fraudulentas o errores evitables, para conseguir unas

administraciones públicas abiertas, transparentes e íntegras al servicio del interés general. En este contexto, no podemos olvidar en qué país vivimos.

3. El RDL 36/2020 no es revolucionario. No podemos seguir adjuntando PDF y cargando archivos firmados electrónicamente sin estrujar los datos que contienen. Es el momento de dar un paso más. Ya no se trata de innovar, es adoptar comportamientos asentados en el mundo privado y en determinadas entidades públicas. Los diseños de los sistemas de gestión electrónica son la clave: todos interconectados, transfiriendo datos de unos a otros. Demasiadas veces tropezando en la misma piedra, sistemas parciales que responden a reinos de taifas más que a una estrategia al unísono: los departamentos horizontales de control (jurídicos e intervención) deben tener unos sistemas electrónicos que conecten y habiliten para actuar a los distintos sistemas de gestión y no ser islas en entornos informatizados: si informo favorablemente/fiscalizo en mi sistema de gestión, habilitaré al gestor electrónico de gestión (contractual o de subvenciones) a actuar; si no, no se le permite. Intercambio de datos, no de documentos (eso ya lo harán los sistemas).

4. Además del control preventivo, es necesario planificar con la máxima antelación posible y teniendo en cuenta la capacidad administrativa de las diferentes entidades públicas que van a ejecutar los fondos de entre los 8.000 organismos licitadores existentes.

5. Se requiere un esfuerzo de coordinación importante. Las ayudas tienen que calar en la economía de forma muy capilar y no solo beneficiar a grandes empresas, sino también a las pymes. Para optimizar las ayudas, hay que incorporar la iniciativa privada y articular mecanismos para que haya un efecto multiplicador de la inversión.

6. El papel nuclear que deben jugar los órganos de control interno y los organismos de control externo autonómicos (OCEX), teniendo presente en su control las técnicas y herramientas preventivas de gestión del riesgo, que se pueden complementar 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 respecto al control de riesgos en los nuevos fondos europeos de Recuperación

Bibliografía

IGLESIAS REY, P., “El proyecto del Real decreto-ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, no puede suponer una merma de los mecanismos de control”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 27 de noviembre de 2020. Acceso web: <http://www.obcp.es/opiniones> (mayo de 2021).

Documentos:

- Dictamen n. 6/2020 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818> (mayo de 2021).
- Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre por el que se establece el Instrumento de Recuperación y Resiliencia, aprobado por Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020R2094> (mayo de 2021).
- Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), publicado el 18 de febrero de 2021 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80170> (junio de 2021).
- Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica en el BOE el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Acceso web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7053 (junio de 2021).
- Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) 1303/2013, del 28 de diciembre de 2020 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 467-476
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4785>
© Daniel Neira Barral
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os efectos da Directiva ECN+ no sistema de competencia español

Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español

61 Regap

The effects of the ENC+ Directive in the Spanish legal system

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

DANIEL NEIRA BARRAL

Vocal de la Comisión Gallega de la Competencia
Profesor asociado de Derecho Internacional Público
Universidad de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0003-1609-9714>

daniel.neira@usc.es

Resumo: Tanto a propia Directiva ECN+ (arts. 2.1.1 e 2.1.2) obxecto de transposición como o Regulamento 1/2002 (arts. 35.1 e 35.2) prevén, de xeito claro, a posibilidade de que un Estado membro conte con máis dunha autoridade administrativa nacional de competencia. Esta é precisamente a situación de España, que conta constitucionalmente cun sistema administrativo descentralizado en materia de defensa e promoción da competencia.

Palabras clave: Directiva, ECN+, autoridade nacional de competencia (ANC), autoridade administrativa nacional de competencia (AAC), real decreto lei.

Resumen: Tanto la propia Directiva ECN+ (arts. 2.1.1 y 2.1.2) objeto de transposición como el Reglamento 1/2002 (arts. 35.1 y 35.2) contemplan, de manera clara, la posibilidad de que un Estado miembro cuente con más de una autoridad administrativa nacional de competencia. Esta es precisamente la situación de España, que cuenta constitucionalmente con un sistema administrativo descentralizado en materia de defensa y promoción de la competencia.

Palabras clave: Directiva, ECN+, autoridad nacional de competencia (ANC), autoridad administrativa nacional de competencia (AAC), real decreto ley.

Abstract: ENC+ Directive (arts. 2.1.1 and 2.1.2) and Regulation 1/2002 (arts. 35.1 and 35.2) clearly contemplate the possibility of a Member State having more than one authority administrative jurisdiction. This is precisely the situation in Spain, which constitutionally has a decentralized administrative system for the defense and promotion of competition.

Key words: Directive, ECN+, national competition authority (NCA), national administrative competition authority (NCAA), royal decree-law.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 La directiva ECN+. 3 La transposición de la ECN+. 4 La reforma de la LDC. 5 Conclusiones.

1 Introducción

La Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (Directiva ECN+), se dicta encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior¹, destacando que uno de los principales objetivos que se deben armonizar es la asistencia mutua para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y el buen funcionamiento del sistema de cooperación estrecha dentro de la red europea de competencia, argumento que se tratará en este artículo de hacer extensivo a los vínculos, desarrollo y reconocimiento de los distintos organismos autonómicos de defensa de la competencia.

Resulta indiscutible, tal y como reza el artículo 2² de la Directiva ECN+, que por «autoridad nacional de competencia» (ANC) identificaremos aquella autoridad designada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (CE) n. 1/2003, como responsable de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, siendo en el modelo español la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC), pero no obviando que el texto continúa habilitando a los Estados miembros a designar una o más autoridades administrativas de competencia (autoridades administrativas nacionales de competencia –AAC–) para desempeñar todas o algunas de las funciones de la autoridad nacional de competencia.

Así, tanto la propia Directiva ECN+ (arts. 2.1.1 y 2.1.2) como el Reglamento 1/2003³ (arts. 35.1 y 35.2) contemplan, de manera clara, la posibilidad de que un Estado miembro

¹ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, art. 1.2. La presente directiva abarca la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y la aplicación en paralelo del derecho nacional de competencia al mismo asunto. En la materia regulada por el artículo 31, apartados 3 y 4 de esta directiva, abarca también el derecho nacional de competencia aplicado de manera independiente. Acceso web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=es>.

² Artículo 2.1. «autoridad nacional de competencia»: la autoridad designada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (CE) n. 1/2003 como responsable de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. Los Estados miembros podrán designar una o más autoridades administrativas de competencia (autoridades administrativas nacionales de competencia), así como autoridades judiciales de competencia (autoridades judiciales nacionales de competencia).

³ Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado.

cuenta con más de una autoridad administrativa nacional de competencia y esta es, precisamente, la situación de España, que cuenta constitucionalmente con un sistema administrativo descentralizado en materia de defensa y promoción de la competencia.

Debemos precisar ya que no nos encontramos ante el análisis de un nuevo modelo, toda vez que, más allá de la política de competencia, esta misma situación –esto es, contar con más de una autoridad administrativa a efectos de aplicación de la legislación comunitaria– se produce en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como pueden ser, sin ánimo alguno de exhaustividad, en materia de consumo o de protección de datos⁴. Por ello, la reforma de la LDC⁵ debería mencionar y reconocer a las autoridades autonómicas de competencia (AAC) como “autoridades administrativas designadas para desempeñar todas o algunas de las funciones de la autoridad nacional de competencia” según lo previsto en el artículo 2.1.2 de la Directiva ECN+, al objeto de garantizar un verdadero espacio común de aplicación de la normativa de competencia en la Unión que ofrezca unas condiciones de competencia más equitativas a las empresas que operan en el mercado interior y reduzca la desigualdad de condiciones de los consumidores, siendo necesario establecer, a la vez, unas garantías de independencia, unos recursos financieros, humanos, técnicos y tecnológicos adecuados, así como unas competencias mínimas de aplicación e imposición de multas al aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE, de modo que las autoridades administrativas nacionales de competencia puedan ser plenamente eficaces⁶.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

2 La directiva ECN+

El principal objeto y finalidad de la Directiva ECN+ es garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, objetivo que se entenderá satisfecho con la implantación de normas relativas a la asistencia mutua y buen funcionamiento del sistema de cooperación por parte de los órganos de control, que debiera ser estrecha dentro de la red europea de competencia y que, por extensión, interpretamos que debiera reproducirse a nivel interno en aquellos Estados miembros que dispongan de una ordenación institucional y orgánica descentralizada. Por ello y para ello, ya en su artículo 2 se identifican, definen y habilitan dos instrumentos, la «autoridad nacional

⁴ En este sentido, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, es clara en su artículo 61 al establecer:

«1. Las autoridades autonómicas de protección de datos ostentarán la condición de autoridad de control principal o interesada en el procedimiento establecido por el artículo 60 del Reglamento (UE) 2016/679 cuando se refiera a un tratamiento previsto en el artículo 57 de esta ley orgánica que se llevara a cabo por un responsable o encargado del tratamiento de los previstos en el artículo 56 del Reglamento (UE) 2016/679, salvo que desarrollase significativamente tratamientos de la misma naturaleza en el resto del territorio español.

2. Corresponderá en estos casos a las autoridades autonómicas intervenir en los procedimientos establecidos en el artículo 60 del Reglamento (UE) 2016/679, informando a la Agencia Española de Protección de Datos sobre su desarrollo en los supuestos en que deba aplicarse el mecanismo de coherencia». (Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>).

⁵ Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

⁶ Conforme reza parte del Considerando 8 de la Directiva ECN+.

de competencia» a la que nos referiremos como ANC y la «autoridad administrativa nacional de competencia», referida como AAC⁷.

El legislador comunitario incide en la necesidad de lograr una independencia operativa de las autoridades administrativas nacionales de competencia (AAC) reforzándose a fin de garantizar la aplicación eficaz y uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE. Para ello, expone, debe disponerse expresamente en el derecho nacional que, al aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE, las autoridades administrativas nacionales de competencia estén protegidas de intervenciones externas o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que les hayan sido sometidos.

A tal efecto, deben establecerse por ejemplo, de antemano, en el derecho nacional los motivos para la revocación por parte de las autoridades administrativas nacionales de competencia de aquellas personas que toman decisiones en el ejercicio de las competencias definidas en los artículos 10, 11, 12, 13 y 16 de la directiva, con el fin de disipar cualquier duda razonable respecto a su imparcialidad y su impermeabilidad a factores externos. Del mismo modo, deben establecerse previamente en el derecho nacional normas y procedimientos claros y transparentes para la selección, la contratación o el nombramiento de esas personas.

Asimismo, con el fin de asegurar la imparcialidad de las autoridades administrativas nacionales de competencia, estas autoridades no deben utilizar las multas que impongan por infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE para financiarse directamente, aunque sí se podrán prever distintas formas de financiación, tales como fuentes alternativas distintas del presupuesto del Estado, para garantizar que las autoridades administrativas nacionales de competencia cuenten con los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones⁸.

En la comparecencia de la presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en relación con el análisis de las medidas necesarias para reforzar la imparcialidad e independencia de autoridades independientes y organismos de regulación ante la Comisión para la auditoría de la calidad democrática, la lucha contra la corrupción y las reformas institucionales y legales del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2021⁹, se concluye que “la Ley de creación de la CNMC estableció un régimen riguroso en relación con la independencia de la CNMC, excepto en lo que se refiere a la autonomía de gestión de sus recursos humanos, estructura organizativa y presupuesto”. Con todo, “las previsiones de la LCNMC relativas a la independencia institucional, legal y financiera alcanzan los niveles adecuados y cumplen con las

⁷ Artículo 2. Definiciones,

1. A los efectos de la presente directiva, se entiende por:

1) «autoridad nacional de competencia»: la autoridad designada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (CE) 1/2003 como responsable de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. Los Estados miembros podrán designar una o más autoridades administrativas de competencia (autoridades administrativas nacionales de competencia),

2) «autoridad administrativa nacional de competencia»: la autoridad administrativa designada por un Estado miembro para desempeñar todas o algunas de las funciones de la autoridad nacional de competencia.

⁸ Considerando 17 y 26 de la Directiva ECN+.

⁹ Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Intervenciones%20p%C3%BAblicas/20210302_Comparancia_Congreso_Comisi%C3%B3n_Calidad%20Democr%C3%A1tica_web.pdf.

exigencias de las directivas comunitarias”; aun así, “la CNMC necesita autonomía para organizar de forma coherente y efectiva su equipo humano, su estructura y su presupuesto (...) la CNMC funciona como una unidad adscrita a cualquier Ministerio (...) en definitiva, la plena autonomía de los organismos reguladores debe ser interna y externa, en la forma y en el fondo, tal y como exigen las directivas comunitarias”.

Así, hablando de ECN+, en el procedimiento de transposición, los órganos estatales deben plantearse de forma explícita y reflexiva la cuestión de la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas (CC. AA.), de forma que ponderen el alcance de las competencias estatales en la materia sobre la que versa la directiva y la finalidad y objeto de esta.

España cuenta constitucionalmente con un sistema administrativo descentralizado en materia de defensa y promoción de la competencia; por ello, la LDC debiera reconocer a las autoridades autonómicas de competencia como “autoridades administrativas designadas por un Estado miembro para desempeñar todas o algunas de las funciones de la autoridad nacional de competencia”, según lo previsto en el artículo 2.1.2 de la Directiva ECN+. Esta consideración de autoridad administrativa nacional de competencia, por la cual se desempeñan todas o algunas de las funciones de la Autoridad Nacional de la Competencia, implica el necesario reconocimiento a las autoridades autonómicas de la consecuente facultad de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

En conexión con lo descrito, es de interés señalar que las autoridades autonómicas gozan de la inherente, que no reconocida, facultad de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, como sucede, por ejemplo, con las autoridades de competencia de los *länder* en Alemania, donde tienen competencia para aplicar la normativa de la Unión Europea cuando la conducta limite sus efectos a la región, pero tenga incidencia en el mercado interior¹⁰.

La Ley 1/2002¹¹ supuso la materialización de la descentralización de la política de competencia reconocida por el Tribunal Constitucional y, posteriormente, recogida en muchas de las reformas de los estatutos de autonomía¹². Así, a la vista de la doctrina jurisprudencial¹³, cabe afirmar que el desarrollo normativo del derecho europeo

¹⁰ CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Una visión comparada de la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia en Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 30 (enero-junio), n. 31 (julio-diciembre), 2016, pp. 107-142.

¹¹ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia.

¹² Las competencias de las CC.AA. para aplicar la normativa de competencia son reconocidas por las STC 208/1999, STC 31/2010 y STC 71/2012, así como por los propios estatutos de autonomía. Art. 58.1.5, art. 58.4.5 y art. 164 del EA para Andalucía; art. 71.24 y art. 77.17 del EA de Aragón; art. 154 del EA de Cataluña; art. 10.27 del EA del País Vasco, art. 30.4 EA de Galicia.

¹³ STC 79/1992, cuyo fundamento jurídico primero dispone que la traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

La STC 236/1991 dictada en relación con la competencia en materia de pesos y medidas añadió que: «los cauces correspondientes (art. 95.1 CE) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias», por lo que «la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno».

SSTC 76/1991, 236/1991, 79/1992, 146/1996, 33/2005 y 134/2011, “principio general de la no alteración del orden interno de distribución de competencias”.

en el Estado autonómico corresponde al poder público materialmente competente para regular esa materia de acuerdo con las reglas internas de reparto competencial.

No se trata de una facultad competencial (ni el Estado ni las CC. AA. poseen un título competencial específico para la aplicación interna del derecho europeo), sino que se trata de una función derivada de y vinculada a un título competencial material. Por lo tanto, a modo de resumen, debe significarse que en el desarrollo normativo del derecho europeo rige el principio de no alteración del reparto competencial. En consecuencia, la aplicación interna del derecho europeo corresponde a quien «materialmente», o «naturalmente», tenga la competencia según las reglas de derecho interno; por ello, a las CC. AA. les corresponderá la aplicación de normas europeas, en cuanto titulares de competencias, en atención al grado de intervención que resulte de los respectivos estatutos para esas materias competenciales¹⁴, llevándonos a la conclusión de que, si esto es así, las autoridades autonómicas de competencia no solo tienen independencia en su actuación, sino que deberían ser consideradas en la adecuada dotación de recursos para la transposición material, por ejemplo, del capítulo III de la Directiva ECN+.

3 La transposición de la ECN+

Mediante el Real Decreto-ley 7/2021¹⁵, concretamente en su título I, que comprende los artículos primero y segundo, se contienen las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (Directiva ECN+).

Desde un prisma meramente formal y de técnica jurídica, destaca inicialmente la justificación del instrumento jurídico utilizado, referenciando al Tribunal Constitucional frente a la situación de extraordinaria y urgente necesidad que exige, como presupuesto habilitante, artículo 86.1 de la Constitución española, que se pueda deducir «de una pluralidad de elementos», entre ellos, «los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma» (STC 6/1983, de 4 de febrero).

En la situación de extraordinaria y urgente necesidad, que habilita el empleo del real decreto ley, las medidas contenidas en él deben tener una relación directa o de congruencia con lo extraordinario y urgente. Así, para la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, la STC 61/2018, de 7 de junio (FJ 4), exige, por un lado, «la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta

La STC 76/1991 estableció que la aplicación del Derecho de la Unión en materia de agricultura corresponde al Estado o a las CC. AA. según quien fuera el titular de la competencia afectada por la norma europea.

¹⁴ ESPEJO CAMPOS, A., "La transposición del derecho de la Unión Europea por las comunidades autónomas", *Anales de la Facultad de Derecho*, n. 29, 2012, pp. 139-160.

¹⁵ Real Decreto-ley 7/2021 de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. Acceso web: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6872>.

por el Gobierno para su aprobación», es decir, lo que ha venido a denominarse la situación de urgencia; y, por otro, «la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella».

Siendo esto así, se resalta, en la misma exposición, que “*el plazo de transposición de la Directiva ECN+ venció el pasado 4 de febrero de 2021, habiendo recibido carta de emplazamiento de la Comisión fechada el pasado 18 de marzo para su contestación en el plazo de dos meses, existiendo un procedimiento de infracción abierto*”, lo que invita a pensar y deducir que la posibilidad de que la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad para la aprobación del Real Decreto-ley 7/2021 se basa en el argumentario de la necesaria adecuación a la Directiva ECN+ del sistema de defensa de la competencia español, encabezado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como ANC –sin perjuicio de las facultades de los organismos de competencia autonómicos (AAC)–, haciendo necesario modificar la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, para garantizar la plena adecuación a las previsiones del derecho europeo y realizar alguna modificación puntual en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

O si, por el contrario, la extraordinaria y urgente necesidad de la aprobación del Real Decreto-ley 7/2021 viene derivada y justificada ante un inminente riesgo de multa con base en lo establecido en el artículo 260.3 del TFUE, al haberse recibido las correspondientes cartas de emplazamiento y existir un procedimiento de infracción abierto por la Comisión, evitando así las consecuencias de seguir acumulando retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de tales directivas, resultando necesario acudir a la aprobación de un real decreto-ley para proceder a dicha transposición, lo que permitirá cerrar (en falso) los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea¹⁶ por no acometer las reformas que dimanaban de la Directiva 2019/1 (ECN+).

Si bien formalmente pudieran existir ciertas dudas sobre la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad, con el evidente riesgo de que la justificación que el real decreto-ley analizado ofrece sobre la urgencia que lo promovió sea admisible¹⁷, en cuanto al contenido del citado instrumento, y después de lo argumentado en apartados anteriores, la referencia a la realidad autonómica se solventa vagamente y con una mera mención asociada a la idea de que, dentro del sistema de defensa de la competencia español, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como ANC¹⁸ el papel de garante de la competencia en los mercados en el ámbito nacional, “*sin perjuicio de las facultades de los organismos de competencia autonómicos*”.

¹⁶ Asunto C-658/19 Comisión/España. Se condena a España a pagar una suma a tanto alzado de 15.000.000 de euros y una multa coercitiva diaria de 89.000 euros por no haber transpuesto aún una directiva ni comunicado las medidas de transposición de esta. Se trata de la Directiva de protección de datos personales en el marco de la prevención y detección de infracciones penales. Acceso web: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-02/cp210022es.pdf>.

¹⁷ STC 6/1983 FJ5, STC 11/2002 FJ4, STC 137/2003 FJ3 o STC 189/2005 FJ3.

¹⁸ Se utilizan las siglas ANC para identificar a la CNMC, obviando referenciar, por ejemplo, a los órganos autonómicos, como AAC, tal y como define la directiva.

4 La reforma de la LDC

Con Resolución de 13 de mayo de 2021, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE de 19 de mayo de 2021)¹⁹.

En ella consta la mención a la necesidad de una transposición parcial de la directiva conocida como ECN+ en el ámbito de la defensa de la competencia, (...) *una directiva cuyo objetivo es proporcionar a los Estados miembros los medios necesarios para reforzar la aplicación efectiva de las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Así se establecen nuevos instrumentos para impulsar la asistencia entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y las autoridades de los Estados miembros, se concretan los deberes de información y colaboración y las facultades de inspección de las autoridades de competencia, también se incrementan determinadas sanciones, se da la posibilidad a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de rechazar denuncias sobre la base de criterios de priorización y se crean mayores incentivos para la utilización del Programa de Clemencia (...)* sin mención a la posibilidad de reconocer y fortalecer la situación de los organismos autonómicos (AAC) con las competencias descritas anteriormente, nos encamina a la espera y deseo de que en su tramitación como proyecto de ley puedan ser enmendadas ciertas partes de este decreto (en lo relativo a la Directiva ECN+), ya que si se remarca la necesidad de fortalecer la relación entre ANC (CNMC) y las autoridades homólogas de los Estados miembros, con más necesidad resultaría hacerlo a nivel interno.

5 Conclusiones

El Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado preveía expresamente en su artículo 35 la posibilidad de designar a distintas autoridades nacionales de competencia dentro de un Estado miembro²⁰.

La posibilidad de que los Estados miembros designen a más de una autoridad de competencia para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE también ha sido recogida por la más reciente Directiva ECN+ (2019/1) en su artículo 2.

La convalidación del Real Decreto-ley 7/2021 como proyecto de ley que guíe la modificación de la actual Ley de defensa de la competencia (LDC)²¹ debería moldear

¹⁹ Acceso web: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/19/pdfs/BOE-A-2021-8265.pdf>.

²⁰ "Designación de las autoridades de competencia de los Estados miembros.

1. Los Estados miembros designarán a la autoridad o autoridades de competencia competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el presente reglamento".

²¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

el sistema descentralizado de autoridades administrativas de competencia existente en España, de forma que a lo largo de sus preceptos se referenciase al sistema español de defensa de la competencia, en su conjunto, salvo en aquellos supuestos puntuales en los que la mención haya de ser específica a la CNMC o a las autoridades autonómicas de competencia; para ello, resultaría útil, ya en sus primeros articulados, la definición y alcance subjetivo de la ley tanto de la ANC como a AAC conforme a la directiva 2019/1, llevando esto a un reconocimiento de las autoridades autonómicas de la facultad de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, como *de facto* se hace.

El reconocimiento por parte de la futura LDC del ámbito y alcance en las actuaciones de las autoridades autonómicas de competencia, condicionado a la estrecha colaboración con la ANC (CNMC), adecuando el órgano y los mecanismos de coordinación (como, por ejemplo, incorporar la condición de interesado de la AAC en expedientes llevados por la CNMC que afecten de manera significativa al ámbito territorial de esas AAC), así como los puntos de conexión y contemplar mecanismos que eviten duplicidades reduciría el uso ineficiente de recursos públicos y reforzaría no solo la independencia de los instrumentos de defensa de la competencia a nivel interno (ANC-AAC), sino también su argumentario en relación con la necesaria dotación de los recursos para el cumplimiento de sus fines, pues solo así se podría entender adecuadamente transpuesta la Directiva ECN+.

Así, la futura LDC debería reconocer de forma expresa y clara la necesidad de garantizar la independencia de las autoridades autonómicas de competencia, reforzando los instrumentos y medios a su disposición, declarando en la LDC que las AAC gozarán en su actuación de “plena independencia y de la adecuada dotación de recursos para cumplir sus funciones”, cumpliendo de esa manera con los objetivos que persigue la Directiva ECN+. También, incluir un artículo en el que se indique, de manera similar a lo dispuesto en la legislación alemana, que “el Sistema Español de Defensa de la Competencia está constituido por la CNMC y por las AAC”.

Resultaría de interés integrar el contenido de la Ley 1/2002 de coordinación de competencias en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, para regular en un solo texto legislativo las disposiciones estatales aplicables al Sistema Español de Defensa de la Competencia.

En las relaciones entre la CNMC y las AAC se debería aplicar el principio de “Autoridad mejor situada” que consagra el Reglamento (CE) n. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado (101 y 102).

De igual forma, resultaría relevante incluir la condición de interesado de las AAC en los expedientes llevados por la CNMC que afecten de manera significativa al ámbito territorial de esas AAC.

En consecuencia, tal y como se recoge en los considerandos de la propia Directiva ECN+, bien se podría tomar la literalidad del texto descrito a continuación cuando se reflexione sobre estas necesidades para con las instituciones y organismos de control autonómicos y, así, la directiva comunitaria reza que “la aplicación desigual de los artículos 101 o 102 del TFUE, ya sea de manera independiente o en paralelo con

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

el Derecho nacional de la competencia, se traduce en la pérdida de oportunidades para eliminar las barreras a la entrada al mercado y crear mercados competitivos más abiertos y justos en todo el territorio de la Unión en los que las empresas compitan sobre la base de sus méritos. (...)

La aplicación ineficaz que resulta de ello falsea la competencia para las empresas que respetan la ley y mina la confianza de los consumidores en el mercado interior, en particular en el entorno digital”.

Bibliografía

- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el estado autonómico*, Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2013.
- CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Una visión comparada de la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia en Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 30 (enero-junio), n. 31 (julio-diciembre), 2016.
- ESPEJO CAMPOS, A., “La transposición del derecho de la Unión Europea por las comunidades autónomas”, *Anales de la Facultad de Derecho*, n. 29, 2012.
- MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MANGAS MARTÍN, A., “La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas”, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas. Seminario celebrado en Barcelona el 9 de mayo de 1990*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1990.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 477-509
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4806>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 21/06/2021 | Aceptado: 22/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence

61 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Municipios de gran población: la potestad reglamentaria le corresponde exclusivamente al pleno de la corporación. 1.2 Conflicto de competencias entre ayuntamientos y Administración autonómica sobre actuaciones en el entorno no delimitado de edificios catalogados. Límites de la discrecionalidad técnica administrativa. 1.3 Pruebas de acceso a la condición de funcionario de carrera en la Administración local. Debe primar el sistema de "oposición libre" sobre el de "concurso-oposición". Impugnabilidad indirecta de las bases del procedimiento selectivo. 1.4 Cese de personal funcionario interino tras largo período de servicio en la Administración local. Improcedencia de aplicarle la figura laboral del "indefinido no fijo". No cabe indemnización. 1.5 Ordenanzas fiscales municipales. Tasa de recogida de residuos sólidos urbanos. Insuficiencia de la memoria económica. Limitaciones de impugnación indirecta. 2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 2.1 Ratificación judicial de medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales. 2.2 Instrucción del Servicio Gallego de Salud sobre reprogramación funcional preventiva de la actividad asistencial por la pandemia de coronavirus. 2.3 Medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, una vez

superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. 3 Extranjería. 3.1 Inmigrante en situación irregular. La sanción de expulsión del territorio español requiere acreditar circunstancias agravantes. Efecto directo vertical inverso de la Directiva 2008/115/CE de retorno. 4 Medio ambiente y urbanismo. 4.1 Planeamiento urbanístico. Anulación por omisión de evaluación ambiental estratégica. Subsancionabilidad del defecto en fase de ejecución de sentencia. 4.2 Gestión urbanística. Expropiación de fincas no incorporadas a la junta de compensación. Responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento en el abono de los justiprecios ante el impago de la beneficiaria de la expropiación. 4.3 Licencia de obras. Impugnación en ejercicio de la acción pública urbanística. Limitación de plazo. Principios de equidad y buena fe. 4.4 Disciplina urbanística. La APLU no puede ordenar directamente la demolición de una edificación amparada en licencia urbanística municipal en vigor. Antes debe conseguir su anulación o declaración de nulidad. 5 Personal. 5.1 Carrera profesional del personal interino. 5.2 Personal sanitario temporal. Nombramiento fraudulento para plaza estructural. 5.3 Acceso por sindicatos a documentación e información del departamento de personal de la Administración. Protección de datos. 5.4 Complementos de productividad fijos y regulares. Desnaturalización. Equivalen realmente a complemento específico, por lo que deben abonarse en períodos de vacaciones y permisos. 6 Tributos. 6.1 Gestión del impuesto sobre el valor añadido. Autonomía financiera de las comunidades autónomas. 6.2 Impuesto de sucesiones y donaciones. Valoración del bien transmitido. Doctrina del “doble tiro”. 6.3 Indevida inclusión del canon del agua en la base imponible del impuesto del valor añadido. 7 Universidades. 7.1 Reconocimiento de sexenios. Silencio administrativo negativo.

1 Administración local

1.1 Municipios de gran población: la potestad reglamentaria le corresponde exclusivamente al pleno de la corporación

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 25 de enero de 2021 (rec. 2793/2019, ponente: Requero Ibáñez), concluye:

«que, en los municipios de gran población, el Pleno configurado como órgano de máxima representación política, debate y control, pero también como órgano administrativo, que ejerce la potestad reglamentaria sobre todas las materias, puede regular aquellas cuyo ejercicio es competencia de los órganos ejecutivos, administrativos o de gobierno, en particular la Junta de Gobierno Local».

La sentencia ratifica la declaración de nulidad, por falta de competencia, del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Lugo que aprobó la modificación de varios preceptos del “Reglamento interno de personal funcionario” sobre el valor y límites de las horas extraordinarias, con las siguientes consideraciones:

«(...) 1. En el régimen de los municipios de gran población el Pleno municipal se configura “como un verdadero órgano de debate de las grandes políticas locales que afectan al municipio y de adopción de las decisiones estratégicas” (Exposición de Motivos de la Ley 57/2003, IV, párrafo quinto) y “órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno municipal” (artículo 122.1 de la LRBRL en relación con el artículo 3.2 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985). Se acerca así a un modelo parlamentarizado.

2. Esta caracterización lo singulariza respecto de los órganos ejecutivos o “ejecutivo local” –Alcalde, la Junta de Gobierno Local y los órganos directivos– [cf. sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, Fundamento Jurídico 5.h) párrafo tercero].
3. Señala el Fundamento Jurídico antes citado de la sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, que la reforma que efectuó la Ley 57/2003 responde a la exigencia de dotar a los municipios de gran población de “ejecutivos con gran capacidad de gestión para actuar rápida y eficazmente” según su Exposición de Motivos, de ahí que la Junta de Gobierno Local asuma “la mayoría de las competencias de ejecución que antes correspondían al Pleno [lo que se agrava con] la complejidad de la gestión administrativa en los municipios de gran población”.
4. La Junta de Gobierno Local colabora en la función de dirección política que corresponde al Alcalde, que lo preside, y “ejerce las funciones ejecutivas y administrativas que se señalan en el artículo 127” [artículo 126.1 en relación con el artículo 124.4.b) ambos de la LRBRL]. Según la Exposición de Motivos de la Ley 57/2003 el cambio de denominación de “Comisión de Gobierno” a “Junta de Gobierno Local” busca “destacar la naturaleza ejecutiva de dicho órgano” (cf. III, párrafo quinto).
5. No obstante lo dicho siempre se está ante una administración territorial y pese al apoderamiento y configuración de ese “ejecutivo fuerte”, el Pleno sigue siendo un órgano de tal administración y, además, el más relevante. Tales órganos ejecutivos responden ante el Pleno como órgano de máxima representación, de manera que respecto del “ejecutivo local” ejerce competencias de especial relevancia política como son las de control y fiscalización, censura política, aprobación de los presupuestos, etc.
6. Como órgano de una administración que es no deja de ejercer potestades administrativas y de entre ellas una que tiene especial relevancia en toda administración: el ejercicio de la potestad reglamentaria, inherente para la efectividad del principio de autonomía local [cf. artículo 137 in fine de la Constitución y artículos 2 y 4.1.a) de la LRBRL].
7. La relevancia de tal potestad es obvia pues mediante la misma el Pleno, como máximo órgano municipal, conforma el ordenamiento jurídico del municipio. Y sin entrar en el análisis de la distinta tipología de reglamentos municipales, cabe señalar que tal potestad la ejerce el Pleno bien sea en lo interno u orgánico como en general, es decir, sobre todas las materias de competencia municipal respecto de las cuales los otros órganos ejercen potestades ejecutivas o administrativas, esto es, de actuación [cf. artículo 123.1.c) y d) de la LRBRL]. Y añádase que si bien la Junta de Gobierno Local ostenta potestad de promoción reglamentaria [artículo 127.1.a) de la LRBRL], no por ello se le sustrae al Pleno el ejercicio de la potestad reglamentaria.
8. En apoyo de su tesis el Ayuntamiento de Lugo invoca tanto en la instancia como en casación el artículo 38.3 del EBEP. Tal precepto regula con carácter general y para todas las administraciones, el régimen de la negociación, pactos y acuerdos sobre las condiciones de trabajo en el ámbito del empleo público. De tal precepto se deduce lo siguiente: 1. La validez y eficacia de lo pactado o acordado en ese ámbito

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

de negociación exige que sea expresa y formalmente aprobado por los “órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”. 2. Una vez ratificados los acuerdos que afecten a temas que puedan decidirse definitivamente por los órganos de gobierno de cada Administración, entonces lo estipulado será directamente aplicable. 3. Que lo pactado sea así directamente aplicable no quita para que, si tiene alcance reglamentario, se acometa una regulación de tal naturaleza por el órgano competente, pero con un matiz: lo es con efectos formales pues tiene prioridad lo que resulte del proceso negociador y se ratifique, luego esa regulación se supedita a lo pactado. 4. Tal esquema lo confirman, por contraste, los párrafos segundo y tercero del artículo 38.3 del EBEP cuando lo pactado afecta a materias sujetas a reserva de ley. En este caso los pactos o acuerdos carecen de eficacia directa y se da prioridad a la reforma legal. Por tanto, si con base en lo pactado o acordado se promueve una iniciativa legislativa y se rechaza en sede parlamentaria “se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes”. 9. Frente a lo que sostiene la parte recurrente, el artículo 38.3 del EBEP confirma el juicio de esta Sala pues sus previsiones deben matizarse en el ámbito de la Administración local, lo que refuerza lo dicho no sólo a efectos de la competencia material para el ejercicio de la potestad reglamentaria sino, además, para el ejercicio de sus funciones de control. Esto es así por lo siguiente:

1. Tratándose de la Administración del Estado o autonómica, la prioridad que el artículo 38.3 del EBEP da a lo pactado o acordado dotándolo de eficacia directa se explica porque todo queda en el seno de una organización administrativa en la que no hay órganos representativos, plurales, de control político interno.
2. Sin embargo –como se ha expuesto– en el seno de la Administración local sí hay un órgano, el Pleno, que ejerce funciones de “superior control y fiscalización” respecto del “ejecutivo local”, esto es, el Alcalde, la Junta de Gobierno Local y demás órganos directivos [artículo 122.4.b) de la LRBRL] y que, además, ejerce poder normativo, esto es, potestad reglamentaria.
3. Esto significa que esa idea de mera aprobación formal de la reforma reglamentaria no puede aceptarse sin más en este ámbito, pues lo pactado o acordado queda abierto a la fiscalización y debate en el Pleno al ejercer la potestad reglamentaria (...)».

1.2 Conflicto de competencias entre ayuntamientos y Administración autonómica sobre actuaciones en el entorno no delimitado de edificios catalogados. Límites de la discrecionalidad técnica administrativa

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su interesante Sentencia de 4 de febrero de 2021 (rec. 4381/2018, ponente: Díaz Casales, incluye voto particular), analiza un conflicto competencial típico entre la Administración municipal y la autonómica: un ayuntamiento pretende instalar

una rampa mecánica peatonal por el bulevar central de una avenida en cuesta. La Consellería de Cultura veta el proyecto atribuyéndose tal competencia por la proximidad de la actuación respecto de varios edificios de viviendas catalogados por su valor arquitectónico. El tribunal anula en esta sentencia el veto autonómico, al considerar en primer lugar que los edificios catalogados no tienen que disponer en todo caso de un “entorno” protegido, no correspondiéndose con el concepto legal de “monumento”; y en segundo lugar que el veto no se justificó realmente en la protección de los inmuebles catalogados, sino en los valores intrínsecos del vial, que carecía de cualquier figura de protección:

«(...) Simplificando mucho lo manifestado por la Arquitecta podríamos afirmar que, pese a que la Gran Vía no está catalogada, es un ejemplo de planificación de la ciudad moderna, formando parte del entorno de varios edificios catalogados y la actuación proyectada, a su juicio, no resulta respetuosa con las características de los mismos y los valores que habrían de preservarse.

El emitido por la Arquitecta es un juicio técnico que hemos de respetar y considerar, pero resulta llamativo que ensalce las características de la Gran Vía como arteria principal de la ciudad, que no goza de protección, en lugar de hacerlo con los edificios catalogados, señalando el nivel de protección de los mismos y, lo que resultaría más determinante, su afectación, en su percepción, comprensión y estudio por la actuación proyectada, que es la finalidad que tienen los entornos de protección, con arreglo al Art. 12 de la Ley y lo que habría de resultar determinante a la hora de denegar la autorización.

Por otra parte, pese a no objetar los criterios mantenidos por la arquitecta, hemos de señalar que la propia exposición de motivos de la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia advierte el riesgo de que las apreciaciones técnicas y la discrecionalidad resulten teñidas de subjetividad, al indicar:

El legislador debe ser muy consciente de que en materia de patrimonio cultural se ejercen funciones inspiradas en apreciaciones técnicas y expertas que corren el riesgo de arrastrar una correcta y acotada discrecionalidad hacia una indeseable percepción social de arbitrariedad y subjetivismo. Es por eso por lo que, en el ejercicio de las potestades autorizatorias y en el desempeño de la facultad de informar, se hace especial hincapié en los principios de publicidad y seguridad jurídica y, por lo tanto, en la incorporación de elementos que faciliten el control de la discrecionalidad de la Administración en un ámbito donde la normativa tiene por fuerza que remitirse al juicio técnico o experto y donde es inevitable la formulación y el manejo de múltiples conceptos jurídicos indeterminados.

Por ello hemos de limitarnos estrictamente a los términos en los que aparecen redactados las potestades actuadas por las administraciones públicas enfrentadas en este proceso en la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia. Pese a echar en falta un examen del nivel de protección reconocido a los 8 edificios catalogados cuyo entorno de protección incluye la Gran Vía, dado que ha de admitirse que resulta absurdo condicionar la actuación en un espacio público cuando en los propios edificios catalogados en función de los diferentes niveles de protección, con arreglo

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

al Art. 42 de la Ley, se admiten actuaciones de rehabilitación (en los inmuebles con protección integral) que se amplían a las de reestructuración y reconstrucción (para los que cuenten con protección estructural) e incluso las de ampliación (cuando el nivel de protección baja a la protección ambiental). Insistimos el examen de la actuación debió hacerse en función de los edificios catalogados en lugar de atender las condiciones de la Gran Vía y su boulevard que no goza de protección, pese a su interés. (...)

En el presente caso no se discute que el proyecto afecta a un espacio público que está situado a menos de 20 metros de varios edificios catalogados, por lo que cabe defender que habría de entrar en juego la protección subsidiaria para los edificios catalogados, que es lo que mantiene la Xunta de Galicia, y, en este caso, habríamos de estar a la consecuencia de lo que establece el Art. 38.3 letra c) de la Ley, lo que determinaría la legitimación de la Xunta de Galicia para la intervención realizada. Pero esta conclusión obvia un apartado anterior del propio artículo 38 dedicado a la protección subsidiaria que también tiene su trascendencia en lo que tratamos, es el párrafo segundo del número 1 (...). Por lo que hemos de concluir que son los catálogos de los instrumentos de planeamiento los que han de determinar los entornos de protección de los bienes y hacerlo solo “en su caso” es decir cuando resulte necesario o se crea conveniente. Pues bien, admitido por la Xunta que los bienes están catalogados por un PEEC de 1.990 y al PGOM de 2008 (...), que acceden al catálogo como consecuencia de la Disposición Adicional Segunda de la Ley, no resulta coherente que se prescinda luego de que el Plan Especial en su día no les hubiera delimitado entorno de protección alguno de forma que su protección (integral, estructural o ambiental) se limita al propio inmueble, para hacer entrar en juego la protección subsidiaria y de este modo condicionar la actuación que resulta del proyecto, cuando con arreglo a lo que dispone el Art. 35 de la misma Ley es a los entes locales a través de los catálogos de los instrumentos de planeamiento a los que corresponde incluir los bienes de su patrimonio cultural y delimitar su entorno de protección, sin perjuicio de que la Consellería pueda elaborar directrices y recomendaciones.

(...) Por ello hemos de concluir que en una Ley tan plagada de conceptos jurídicos indeterminados que exigen que lo precisen expertos resulta necesario que la actuación de las potestades de intervención vengan justificadas concretamente por la finalidad que persigue la protección que, conviene repetirlo, es no alterar su percepción y comprensión y no afectar su integridad, apreciación y estudio (Art. 12), para lo que resultaba imprescindible que la denegación viniera determinada por los criterios marcados desde los bienes catalogados en lugar de cómo se hizo, que la denegación se realizó desde el examen del proyecto de actuación cuya autorización se deniega, prescindiendo de su concreta afectación a los inmuebles catalogados.

Por ello, en atención a lo hasta aquí argumentado, se impone la estimación de este motivo del recurso lo que determina, con arreglo al Art. 48 de la Ley 39/2015 que la resolución recurrida haya de ser anulada por no precisar la concreta actuación

proyectada la autorización de Patrimonio por falta de acreditación por la Xunta de la afectación de bienes catalogados en su integridad, percepción, comprensión y estudio».

1.3 Pruebas de acceso a la condición de funcionario de carrera en la Administración local. Debe primar el sistema de “oposición libre” sobre el de “concurso-oposición”. Impugnabilidad indirecta de las bases del procedimiento selectivo

La Sentencia del TSJG de 3 de marzo de 2021 (rec. 183/2020, ponente: López González) anula el nombramiento de la candidata finalmente seleccionada en el “concurso-oposición” convocado por un ayuntamiento para cubrir en propiedad una plaza de auxiliar administrativo (funcionario de carrera, C2), al considerar que tenía que haberse tramitado por el sistema de “oposición libre”. Se motiva en el informe desfavorable del secretario municipal y en que: *«El Ayuntamiento demandado no ha justificado, pese al anterior dictamen, su inclinación por el sistema del concurso oposición».*

Lo interesante de la sentencia es, en primer lugar, que considera prevalente la antigua normativa estatal sobre Administración local (RD 896/1991, de 7 de junio y RDLeg. 781/1986, de 18 de abril), que primaba el sistema de “oposición libre” sobre la más reciente legislación autonómica de empleo público, que lo equipara con el sistema del “concurso oposición” (artículos 4.1.b), 56.1 y 57.1 Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia). En segundo lugar, en esta sentencia se permite que el candidato que aceptó desde un inicio el sistema de concurso-oposición y las bases de la convocatoria, al final del procedimiento, ante el resultado desfavorable a sus intereses, las pueda impugnar indirectamente por este único motivo formal, sin necesidad de acreditar desviación de poder.

1.4 Cese de personal funcionario interino tras largo período de servicio en la Administración local. Improcedencia de aplicarle la figura laboral del “indefinido no fijo”. No cabe indemnización

En la Sentencia del TSJG de 11 de noviembre de 2020 (rec. 293/2020, ponente: López González), se valida el cese de una funcionaria interina tras diez años de servicio en una diputación provincial, con los siguientes argumentos:

«(...) Es evidente que la crisis económica entonces padecida hizo imposible, por limitaciones presupuestarias, la convocatoria de la plaza durante el período comprendido entre los años 2011 y 2016. Cuando se pudo celebrar dicho proceso para la cobertura de la plaza, en el año 2018, la actora tomó parte en el mismo, pero quedó eliminada al no superar la prueba en el segundo ejercicio (...). En el recurso de apelación comienza la demandante refiriéndose a los sucesivos contratos y nombramientos de carácter temporal que la vincularon a la Diputación de Pontevedra, alegando que la actora prestó servicios de forma continuada e ininterrumpida

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

entre el 11 de mayo de 2009 y el 31 de enero de 2019. Resulta paradójico que la demandante se queje de la provisión interina años después de haber sido nombrada, y tras verse beneficiada por la misma, pues tal circunstancia fue la que le permitió proseguir desempeñando las funciones durante varios años. Por lo demás, en contra de lo que afirma la apelante, la tardía ejecución de la oferta de empleo público no es indicio del carácter fraudulento del nombramiento temporal, desde el momento en que termina por beneficiar a quien con carácter interino ocupa el puesto. Además, ha de negarse que el mero transcurso de un periodo de tiempo superior a dos años convierta en indefinida no fija la relación de quien ocupa el puesto, pues la conversión en indefinido no fijo sólo podría venir derivada, en todo caso, de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en la contratación, circunstancias que aquí no aparecen constatadas; no existen, pues, elementos que puedan llevarnos a afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del nombramiento, ya que, como hemos visto anteriormente, en las actuaciones figura suficientemente acreditada la necesidad y urgencia de la convocatoria y posterior cobertura interina del puesto. (...)

Si atendemos a los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, procedentes de un Juzgado de lo Social madrileño, conviene advertir que finalmente esa cuestión prejudicial concluyó por la sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se declaró que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si ciertas medidas, como la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en “indefinidos no fijos” y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes. En esa misma STJUE de 19 de marzo de 2020 nuevamente se apodera a los Jueces nacionales para apreciar si existe utilización abusiva de la contratación o nombramientos temporales, y ya hemos visto que en el caso presente no cabe apreciarla, pues se acudió al nombramiento de interinidad por vacante para la cobertura temporal de la plaza mientras que no se articulaba el proceso selectivo para su cobertura definitiva. Por tanto, no es que la actora haya cubierto una necesidad permanente, sino que cubrió transitoriamente una plaza vacante mientras no se procedía a su cobertura definitiva con personal fijo. Y es por ello que no existe ni fraude ni abuso en dicho nombramiento, siendo conforme a Derecho la resolución que ha decidido el cese precisamente cuando, tras la superación de la correspondiente oposición, fue cubierta la plaza con funcionario de carrera.

Por lo demás, si se siguiese la tesis de la recurrente, en todos los casos de nombramiento interino a plaza vacante habría abuso en el nombramiento porque el puesto a ocupar es estructural. Sin embargo, el llamado a ocupar el puesto sabe

desde el principio que el nombramiento es temporal, y que ha de cesar cuando se produce la cobertura reglamentaria de la plaza. (...) la mera extensión temporal no permite, sin más, calificar de fraudulento el nombramiento de la recurrente ni tampoco atribuirle u otorgarle a esta la condición de personal indefinido ni tampoco otorgarle el derecho a una indemnización. El hecho de que la Administración tardase en cubrir esa plaza con funcionario de carrera mediante la convocatoria de la correspondiente oferta de empleo público de 2017 (se incluyó la provisión definitiva de la plaza que ocupaba interinamente), no solo no le ha perjudicado, sino que, al contrario, le ha beneficiado.

En la actuación de la Administración no concurre ninguna de las circunstancias que permitirían calificar su actuación de “fraudulenta”. No se ha acreditado tampoco por la parte apelante que se hubiesen incumplido respecto a la recurrente las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico relativas a otorgar a los funcionarios interinos las mismas condiciones que a los funcionarios de carrera. En el nombramiento de la recurrente, aceptado por la misma, se constata que se trata de un nombramiento de interinidad, con base en causa legal como ya hemos dicho, conociendo la recurrente desde el principio que debería cesar en el mismo cuando la plaza fuese sacada a concurso y se cubriese por un funcionario de carrera a través del sistema de oposición legalmente establecido. (...)

La apelante alega asimismo que, dada la existencia de una situación de fraude y abuso, la actora debería ser indemnizada, por daños y perjuicios, con el abono de una cantidad a tanto alzado lo suficientemente efectiva y disuasoria. Desde el momento en que no se aprecia ni el abuso ni el fraude, también ha de decaer esta petición. Pero es que, además, la reciente jurisprudencia comunitaria ha variado su criterio anterior y cierra también esa posibilidad o la deja en manos del Juez nacional en la reciente sentencia de 19 de marzo de 2020, antes citada. En efecto, la doctrina proclamada en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (caso de Diego Porras), en la que se reconocía aquella indemnización, ha sido posteriormente modificada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 5 de junio de 2018 (asunto Lucía Montero Mateos), 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17, de Diego Porras), y la más reciente de 22 de enero de 2020 (asunto C177/18, caso Almudena Baldonado Martín). Incluso la segunda de ellas (la de 21 de noviembre de 2018) varía de criterio en el mismo caso de Diego Porras, en cuestión prejudicial planteada posteriormente a la primeramente decidida. (...) Con apoyo en esa sentencia comunitaria de 22 de enero de 2020, la reciente sentencia de 28 de mayo de 2020 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recurso de casación 5801/2017) sigue ese mismo criterio denegatorio de la indemnización. En dicha STS se argumenta: “Por todo ello la respuesta que daremos a la cuestión de interés casacional objetivo admitida es que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcionarial”. En el caso presente, dada la desvinculación entre los nombramientos anteriores y el que comenzó el 17 de diciembre de 2010, no cabe

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

apreciar el encadenamiento que sería preciso para la aplicación de la doctrina emanada de la sentencia comunitaria de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-596/14, pues realmente el único computable es el que derivó de la resolución, por la que se le nombró a la actora funcionaria interina. Ello es congruente con lo establecido en el artículo 24.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, según el cual “El cese del personal funcionario interino no da lugar a indemnización”».

1.5 Ordenanzas fiscales municipales. Tasa de recogida de residuos sólidos urbanos. Insuficiencia de la memoria económica. Limitaciones de impugnación indirecta

La Sentencia del TS de 20 de mayo de 2021 (rec. 6212/2019, ponente: Navarro Sanchís) estima la casación y desestima la cuestión de legalidad planteada por un particular frente a una ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Tui, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«1) En la impugnación indirecta de una disposición general, prevista en el art. 26 LJCA –como en este caso la ordenanza fiscal reguladora de la tasa de basuras–, en principio, cabría alegar la omisión o la insuficiencia de los informes técnico-económicos, en la medida en que fueran determinantes de la configuración, coste global y reparto del importe de las tasas, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo al respecto.

2) No obstante, en el ámbito de la impugnación indirecta de una disposición general que se limita a una mera actualización del importe de las cuotas tributarias, sin innovar la norma en las restantes determinaciones fiscales, la impugnación indirecta únicamente puede referirse a ese estricto punto en que la ordenanza modifica la preexistente.

3) Esta imposibilidad jurídica se extiende, por ende, a la cuestión de ilegalidad derivada de la anulación del acto de aplicación mediante sentencia firme, fundada en la invalidez de un precepto reglamentario, en los términos del artículo 27.1 LJCA. Esto es, no cabe anular erga omnes los preceptos de una ordenanza por razón de la inexistencia o insuficiencia de la memoria a que se refiere el art. 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, cuando tal denuncia viene referida, no a la actualización de la cuantía de la tasa, como contenido propio de la ordenanza cuestionada, sino a los elementos normativos integrantes de ésta, objeto de aprobación en versiones anteriores de la ordenanza».

2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19)

2.1 Ratificación judicial de medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales

El auto del TSJG de 25 de mayo de 2021 (rec. 7246/2021, ponente: Villares Naveira) ratifica la prórroga por la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia de determinadas limitaciones de circulación interterritorial, permanencia en espacios públicos y/o privados y movilidad nocturna (DOG 94 bis, de 21/05/2021), aplicando por primera vez los nuevos criterios establecidos al efecto por el TS en su Sentencia de 24 de mayo de 2021 (rec. 3375/2021, ponente: Lucas Murillo). Afirma el Tribunal gallego en este auto que:

«(...) É posición pacífica desta Sala a tese de que a Comunidade Autónoma de Galicia posúe habilitación normativa suficiente para adoptar medidas que, en desenvolvemento das súas competencias estatutarias, impliquen unha regulación do exercicio dos dereitos fundamentais, cando estes se proxectan sobre esas materias, no caso que nos ocupa, sobre sanidade e saúde pública. (...) o artigo 33.2 da Lei de saúde de Galicia, na redacción dada pola Lei 8/2021, do 25 de febreiro, establece que “Corresponderá ás persoas titulares dos órganos citados no ámbito das súas respectivas competencias, establecer as intervencións públicas necesarias para garantir os dereitos e deberes sanitarios da cidadanía, entre eles os previstos nos artigos 34.12 e 38”. No primeiro destes preceptos indícase que as intervencións públicas que poderán exercer as autoridades sanitarias competentes sobre as actividades públicas e privadas que, directa ou indirectamente, poidan ter consecuencias para a saúde son: “12. Adoptar as medidas preventivas que se consideren pertinentes no caso de que exista ou se sospeite razoablemente a existencia dun risco inminente e extraordinario para a saúde. Para tal efecto, a autoridade sanitaria competente poderá proceder á incautación ou inmovilización de produtos, á suspensión do exercicio de actividades, ao peche de empresas ou das súas instalacións, á intervención de medios materiais e persoais e a cantas outras medidas se consideren sanitariamente xustificadas. A duración das medidas a que se refire este punto fixarase para cada caso, sen prexuízo das prórrogas sucesivas acordadas por resolucións motivadas, e non excederá o que exixa a situación de risco extraordinario que as xustificou. Poderá, así mesmo, adoptar medidas preventivas en materia de saúde pública nos termos previstos no artigo 38” (Esta última remisión debe entenderse feita unicamente ao apartado 1, posto que o 2 está suspendido de vixencia pola PTC de 22 de abril de 2021, que admite a trámite o Recurso de inconstitucionalidade n. 1975-2021). (...)

Sintetiza a antedita STS n. 719/2021, no FX 4.D in fine cal debe ser o ámbito de control xudicial sobre o que se estenda a actividade da Sala no exame requirido ao abeiro do art. 122 quáter LXCA, a saber, que a autoridade sanitaria:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

“(iii) identificou con suficiente claridade o perigo grave para a saúde pública derivado dunha enfermidade transmisíbel que é preciso conxurar para preservar o dereito á saúde e á vida con indicación dos feitos que así o acreditan; (iv) estableceu debidamente a extensión dese risco desde o punto de vista subxectivo, espacial e temporal; e (v) xustificou que non dispón doutros medios menos agresivos para afrontalo e que os propostos son idóneos e proporcionados.

E, sobre eses presupostos, (vi) a Sala correspondente deberá concluír se dita xustificación é suficiente e se a limitación pretendida é efectivamente idónea, necesaria e proporcionada”. (...)

A STS N. 719/2021 resolve unha das múltiples cuestións que foi obxecto de controversia nos últimos tempos, como é a relativa á vixencia das medidas no período de tempo que media entre a publicación da Orde e a decisión xudicial. Dito noutros termos, cal é o momento no que se reputa que a medida publicada é eficaz, isto é, que desprega todos os seus efectos.

A este respecto, o FX 4º A), rubricado “A virtualidade das medidas sometidas a ratificación xudicial” efectúa as seguintes consideracións:

“Unha das primeiras dúbidas que xurdiron e que se manifestou no presente proceso é a de se as medidas dispostas polas autoridades sanitarias competentes e sometidas, conforme aos indicados preceptos da Lei da Xurisdición, a ratificación xudicial, poden ser aplicadas ou non pola Administración antes de que a Sala do contencioso administrativo pronúnciese. Xa temos visto que o auto da Sala de Santa Cruz de Tenerife do 10 de maio de 2021 manifestouse en sentido negativo e agora hemos de confirmar o seu criterio. Segundo explicamos nos autos do 20 de maio de 2021 (recursos de casación n. 3417, 3425 e 3473/2021), os artigos 10.8 e 11.1.i) da Lei da Xurisdición esixen que a medida sanitaria –disposición xeral ou acto administrativo xeneral, segundo os casos– obteña un visto e prace ou aprobación previa por parte da Sala do contencioso-administrativo correspondente. Iso significa que a medida sanitaria adoptada pola Administración autonómica ou estatal non pode despregar eficacia antes de que fose ratificada xudicialmente. Noutras palabras, a ratificación prevista nesos preceptos “non é unha especie de convalidación ou confirmación por parte do órgano xudicial dun acto da Administración que xa reúne todas as condicións legalmente requiridas para ser eficaz: non é un acto provisional ou claudicante que poida ser aplicado no lapso temporal que media entre a súa adopción pola Administración e a resolución xudicial que se pronuncia sobre a súa ratificación”.

Confirman esta conclusión, tal como dixemos nesos autos, non só a literalidade dos preceptos senón tamén a consideración de que non tería ningún sentido un procedemento como o agora regulado polos artigos 10.8 e 11.1.i) se se pretendese con el un control sucesivo de actuacións da Administración xa perfectas e plenamente eficaces. Non o tería porque para lograr ese obxectivo, xa existían as vías adecuadas na Lei da Xurisdición. Ademais, sendo a propia Administración promotora da medida sanitaria a que debe solicitar a ratificación, non cabe entender

que acode ao órgano xudicial para impugnar un acto, senón que o fai para dotarlle dunha eficacia que por si soa non pode darlle e que é especialmente necesaria para actuacións restritivas de dereitos fundamentais.

As consecuencias derivadas do anterior son, principalmente, dúas.

A primeira é que, como xa se apuntou, as medidas sanitarias aínda non ratificadas xudicialmente non despregan efectos, nin son aplicables. A segunda é que, se a ratificación xudicial é denegada, non é preciso que a Administración acorde “deixar sen efecto” a Orde ou acordo sometidos a ela xa que nunca foron legalmente eficaces, sen prexuízo de que poida –ou, mesmo, deba– dar publicidade á devandita denegación, especialmente se previamente as medidas rexeitadas houberen tido algunha clase de publicidade oficial.

En definitiva, como acertadamente sinala o auto da Sala de Santa Cruz de Tenerife do 10 de maio de 2021, a ratificación é condición de eficacia das medidas sometidas a ela.

Esta declaración do Tribunal Supremo á hora de interpretar o art. 10.8. LXCA terá para o futuro influencia na desexable sincronía que deberá producirse entre a publicación da norma e o seu sometemento a ratificación xudicial, para evitar lapsos de tempo carentes de eficacia das medidas que se pretendan implementar e durante os cales perdesen hipoteticamente vixencia as anteriores medidas, se é que se agarda á caducidade para a súa novación ou renovación.

Deixa o Alto Tribunal sen resolver de forma explícita no seu esquema interpretativo do art. 10.8. LXCA a diferenza legal que para os efectos deste procedemento deba atribuírse a dous conceptos que habitualmente non son idénticos xuridicamente e para os que o lexislador preveu unha conxunción disxuntiva: “autorización ou ratificación”. Esta palabra, ou, segundo a primeira acepción do Dicionario da RAG, “Con valor disxuntivo expresa unha alternativa”. Pola contra na cuarta acepción “Indica que as formas que une designan a mesma cousa”. Así, se entendemos que a resolución obvia o carácter alternativo da resolución, debemos concluír que quixo equiparar ambos termos (cuarta acepción), baleirando de contido calquera matiz semántico que entre eles puidese existir. Parece afondar esta tese o argumento invocado asumido na sentenza de que “non é unha especie de convalidación ou confirmación por parte do órgano xudicial dun acto da Administración que xa reúne todas as condicións legalmente requiridas para ser eficaz”. En consecuencia, calquera que fose o valor que se lle quixese dar ás expresións empregadas por referencia á posición da intervención xudicial, materialmente resólvese que é condición sine qua non de eficacia.

Así as cousas, a Orde de 21/5/2021 será eficaz dende o momento da notificación da presente resolución á Xunta de Galicia (...).».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

2.2 Instrucción del Servicio Gallego de Salud sobre reprogramación funcional preventiva de la actividad asistencial por la pandemia de coronavirus

Un sindicato de médicos impugnó la Instrucción 14/2020, de mayo de 2020, del gerente del Servicio Gallego de Salud, sobre reprogramación funcional preventiva de la actividad asistencial por la pandemia de coronavirus. El TSJG desestima el recurso en su Sentencia de 18 de marzo de 2021 (rec. 7239/2020, ponente: Fernández López). En ella se analiza en primer lugar la naturaleza jurídica de la instrucción impugnada, así como su objeto y fines:

«(...) de la lectura de la Instrucción 14/2020 se advierte que era una verdadera orden de servicio que dirigía el superior a los inferiores, pero también tenía naturaleza de disposición general, al imponer mandatos a sus destinatarios, que, al no tratarse de los usuarios de los servicios sanitarios, sino de los gerentes territoriales, no precisaba de su publicación en el Diario Oficial de Galicia (precepto antes citado); así parece admitirlo el letrado de la organización sindical demandante cuando refiere que la reorganización que allí se impuso afectaba a todo el ámbito autonómico y, en particular, a los 6.958 facultativos dependientes del Servicio Galego de Saúde (...). Aunque la instrucción impugnada se dictó en el marco de la actual situación de crisis sanitaria, como indicó en su preámbulo, en ningún momento llegó a citar el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por lo que no tenía un marco temporal sujeto a tal estado excepcional, sino que los mandatos que imponía estaban dirigidos a preservar la salud pública en esa concreta y excepcional situación, mediante dos tipos de actuaciones o medidas que tendrían que adoptar, en el ámbito de sus atribuciones, los gerentes territoriales para conseguir el distanciamiento social o físico en los centros de trabajo a fin de evitar riesgos de contagio y preservar la salud pública; tales medidas eran, por un lado, el fomento de la atención no presencial y, por otro, el impulso de la actividad ordinaria en horario de tarde».

En segundo lugar, concluye que la instrucción fue dictada por órgano competente, toda vez que:

«no tenía como propósito reorganizar de forma total y radical el servicio de facultativos del organismo sanitario, ya que no implantó una nueva estructura o método de trabajo consolidado, estable y permanente, esto es, un auténtico plan de ordenación de recursos humanos, sino que se limitó a recoger dos medidas puntuales y temporales que podrían incidir en la reprogramación o distribución de la jornada de algunos profesionales, siempre con respeto de la normativa superior y aceptando como criterio preferente la libre voluntad de estos de participar en esas medidas, por lo que tal instrucción se dictó por el órgano competente».

Y finalmente rechaza los argumentos impugnatorios de fondo al considerar que:

«(...) se estaba en presencia de lo dispuesto en el artículo 29.3 LGS, acerca de la posibilidad de establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios en el caso de que lo requiera la defensa de la salud, que fue lo que hizo la instrucción al acordar la mera reprogramación funcional para conseguir reducir progresivamente la concentración de profesionales y usuarios en los espacios comunes de los centros sanitarios. (...) no alteró ni la duración, ni la titularidad de las jornadas ordinarias de trabajo de sus estatutarios, sino que contempló dos medidas para evitar la concentración de estos profesionales con los usuarios, bien fomentando el teletrabajo o la atención no presencial, o bien reprogramando la actividad para favorecer (no imponer) que fuera vespertina, siempre con la anuencia de los interesados y con respeto de las normas básicas de aplicación. (...) ni la instrucción impugnada impuso una ampliación forzosa de la jornada de los facultativos, ni les obligó a que la pasaran a la tarde sin su voluntad».

2.3 Medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad

La Sentencia del TSJG de 26 de febrero de 2021 (rec. 7276/2020, ponente: Paz Eiroa) desestima el recurso interpuesto frente a un acuerdo del Consello de la Xunta en el que se establecieron determinadas medidas preventivas, restrictivas de derechos, tras la finalización del primer estado de alarma (mascarilla obligatoria, distancias de seguridad, etc.). El alto tribunal gallego ahonda en la justificación y proporcionalidad de estas medidas (principalmente la de la mascarilla), reproduciendo la motivación de su auto de 31 de agosto de 2020 (desestimatorio de la solicitud de medidas cautelares) y de la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2020 (rec. 140/2020). Incide así en que:

«La intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados: la protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva. Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legítima la disposición ordenando el uso de mascarilla en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus COVID-19, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales. Aquí no consta que la imagen del recurrente hubiere sido captada o difundida sin mascarilla sin su autorización. (...)

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

La Administración demandada acompañó a su contestación, entre otros documentos, Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en la comunidad en el contexto del COVID-19 de 10 de junio de 2020, webs de infectados, de porcentajes de infecciones por fechas y de activos/curados/fallecidos. El Acuerdo de 17 de julio de 2020 impugnado en este procedimiento ha sido el resultado del seguimiento y evaluación continua al que debían de quedar sometidas las medidas acordadas en el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 12 de junio de 2020, con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria. No se puede olvidar que esta medida, 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 demandante acompañó a su demanda, y propuso como prueba solo (además del expediente) las Recomendaciones de la OMS sobre el uso de mascarillas en el contexto de la COVID de fecha 5 de junio, las Recomendaciones sobre lo mismo del Ministerio de Sanidad de 10 de junio de 2020 y un documento del Ministerio de

Sanidad de 23 de junio de 2020 sobre el uso correcto de las mascarillas. Ninguno de los documentos contradice la decisión de la Administración de uso de mascarilla, aunque se pueda garantizar el mantenimiento de la distancia de seguridad interpersonal tomada a la vista del seguimiento y evolución de la situación. Ninguno de los documentos rebate la medida en cuestión.

Finalmente, respecto al alegado “casi imposible cumplimiento de las normas”, el auto denegatorio de las medidas cautelares ya dice que “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”.

En cualquier caso, “los hipotéticos riesgos siempre serán menores que el beneficio de la prevención obtenida” –STS 20-11-2020–».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3 Extranjería

3.1 Inmigrante en situación irregular. La sanción de expulsión del territorio español requiere acreditar circunstancias agravantes. Efecto directo vertical inverso de la Directiva 2008/115/CE de retorno

El TSJG, en su Sentencia de 24 de marzo de 2021 (rec. 377/2020, ponente: Seoane Pesqueira), recupera el criterio tradicional de interpretación del régimen sancionador de nuestra legislación de extranjería anterior a la equívoca Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 23 de abril de 2015 (C-38/14 Zaizoune), atendiendo a las novedades de la posterior Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19) y de la del TS de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/2020). Concluye así que no se puede sancionar con la expulsión a un inmigrante en situación irregular si no concurren circunstancias agravantes:

«(...) Puede concluirse, pues, que si España tiene una normativa de extranjería más favorable (artículo 4.3 de la Directiva: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”), que conduce a

anular la expulsión si no concurren agravantes bajo criterios de proporcionalidad, y reserva la expulsión para la presencia de datos negativos o circunstancias agravantes, nuestro país ha de seguir esa pauta.

Recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la incidencia de dicha sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la normativa española, llevando a cabo una interpretación conforme con la normativa comunitaria, y en la sentencia de 17 de marzo de 2021 (recurso de casación 2870/2020), en coincidencia con lo razonado hasta aquí, ha llegado a la conclusión de que puede acudir a las circunstancias agravantes que había enunciado la jurisprudencia precedente del propio Tribunal Supremo para verificar si, por concurrir alguna de ellas junto a la permanencia irregular, procede la expulsión, añadiendo que lo que no cabe es acudir a la sanción de multa alternativa si se anula expulsión, porque ello es incompatible con la Directiva comunitaria. (...)

No está de más añadir, con la finalidad de establecer criterios orientativos de las circunstancias que pueden servir para motivar una orden de expulsión que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior, ha dictado la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, precisamente para la aplicación de las mencionadas sentencias del TJUE 2015/260 y 2020/807. En la misma, se consideran como circunstancias “que puedan motivar dicha” propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57.1º.a) de la LOEX, las siguientes, a título meramente ejemplificativos: “Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje.”

El examen del caso presente revela que en él no cabe apreciar ninguna de dichas circunstancias negativas que puedan justificar la expulsión, pues sólo concurre la permanencia irregular en España, por lo que ha de concluirse que se vulnera el principio de proporcionalidad al imponerla, debiendo anularse, pues, la sanción de expulsión impuesta.

De ese modo se permitirá que el recurrente pueda regularizar su situación mediante la solicitud de una autorización de residencia temporal con invocación del contrato de trabajo temporal que ha aportado en vía administrativa (folios 32 a 34 del expediente administrativo), llevando a la práctica su alegación de que intenta salir adelante buscando trabajo».

4 Medio ambiente y urbanismo

4.1 Planeamiento urbanístico. Anulación por omisión de evaluación ambiental estratégica. Subsanabilidad del defecto en fase de ejecución de sentencia

El TS, en su auto de 3 de junio de 2021 (rec. 4555/2020), admite un recurso de casación contra la Sentencia del TSJG de 31 de enero de 2020 (rec. 4128/2016, ponente: Parada López), con el objeto de: «*determinar si es posible subsanar, en ejecución de sentencia, la omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica en un instrumento de planificación urbanística declarado nulo por dicha causa*».

La sentencia de instancia había anulado el acuerdo plenario de 2015 del Ayuntamiento de Ferrol de aprobación definitiva del plan especial de protección y rehabilitación del casco viejo por dicha deficiencia formal. No obstante, en su parte dispositiva se añadió la coletilla: «*sin perjuicio de la posibilidad de subsanación en ejecución de sentencia*», con la siguiente motivación (fundamento cuarto.2 *in fine*):

«La demanda debe de ser estimada por tanto, en este aspecto, sin embargo esta Sala no deja de considerar que dicha falta y su consecuencia, si estamos ante un simple error como afirma la demandada y se puede entrever indiciariamente a la vista de los datos ofrecidos, sería desproporcionado y excesivamente gravoso para el Concello y en su caso en su traslación al ciudadano dada la dificultad, costo y complejidad que supone la elaboración de un plan de estas características, de ahí que valoremos una posibilidad de subsanación, ante un caso excepcional como el presente, de esta falta por parte del Concello lo cual se resolverá en ejecución de sentencia con la aportación de un documento complementario del anterior sobre la falta antedicha que condiciona en la actualidad de nulidad al Plan ahora debatido y que abarque dicho documento al total del ámbito discutido y despeje las dudas existentes sobre la decisión de no de someter al procedimiento de evaluación ambiental estratégica el PEPRF en todo su ámbito».

Este recurso de casación le ofrece al TS una magnífica oportunidad para innovar su jurisprudencia tradicional sobre la naturaleza jurídica y efectos de los vicios formales de los planes urbanísticos, tal y como viene reclamando buena parte de la doctrina especializada.

4.2 Gestión urbanística. Expropiación de fincas no incorporadas a la junta de compensación. Responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento en el abono de los justiprecios ante el impago de la beneficiaria de la expropiación

En un polígono a ejecutar por compensación se expropiaron varias fincas en beneficio de la junta de compensación. Tras la adquisición de firmeza de los justiprecios, la

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

beneficiaria no procedió a su pago total, por falta de liquidez. El TSJG, en Sentencia de 18 de marzo de 2021 (rec. 7020/2021, ponente: Fernández López), declara la responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento, condenándolo al abono de las cantidades pendientes, con la siguiente fundamentación:

«(...) para garantizar que el expropiado va a percibir el justiprecio, la normativa y la jurisprudencia citadas ponen, al lado de la beneficiaria obligada a su pago, a la propia administración expropiante, pero no de forma solidaria, ni alternativa, sino subsidiaria, lo que se ha reconocido expresamente en supuestos como el que aquí se trae, donde las expropiaciones tienen lugar en el seno de operaciones urbanísticas (aquí por el procedimiento de compensación), en el que la entidad colaboradora no hace frente a su obligación de pago del justiprecio (SsTS de 06.07.15 y 19.02.16), responsabilidad subsidiaria que tiene su razón de ser tanto en la doctrina constitucional que preconiza que sólo puede materializarse la privación coactiva de bienes y derechos patrimoniales mediante la correspondiente indemnización que debe asegurar al expropiado el equivalente económico de su propiedad (SsTC 166/1986, 149/1991 y 37/1987), como también en atención al importante papel que tiene la administración en el procedimiento de expropiación como titular de la potestad expropiatoria, de suerte que asume una serie de obligaciones de las que no queda exenta por el hecho de que exista una beneficiaria. Así pues, la administración expropiante actúa como una suerte de avalista cuando ejerce esa potestad en favor de la beneficiaria de la expropiación (artículo 4 del REF), de modo que es lógico que se le exijan a aquélla responsabilidades cuando la beneficiaria no cumple con sus obligaciones, a fin de garantizar la legitimidad de la expropiación y el derecho constitucional que asiste al expropiado a recibir el justiprecio, máxime cuando la propia administración puede exigir la adopción de cuantas medidas considere oportunas para garantizar la correcta tramitación de todo el procedimiento expropiatorio. En este punto debe advertirse que lo relevante para que surja la responsabilidad subsidiaria no es que la beneficiaria obligada al pago del justiprecio no pueda hacerlo por resultar insolvente, sino que no lo haga, por la razón que fuere; por ello, frustrado ese pago, y una vez que los expropiados hubieran acreditado haberlo exigido a la primera obligada (la beneficiaria), tendrían abierta la acción para exigirlo a la segunda (la administración expropiante)».

4.3 Licencia de obras. Impugnación en ejercicio de la acción pública urbanística. Limitación de plazo. Principios de equidad y buena fe

La Sentencia del TSJG de 26 de febrero de 2021 (rec. 4253/2020, ponente: Martínez Quintanar) confirma la inadmisión del recurso contencioso-administrativo promovido frente a sendas licencias urbanísticas de obras y primera ocupación por haberse interpuesto extemporáneamente. Incide el tribunal en que:

«(...) el conocimiento de la existencia y contenido del acto de otorgamiento de la licencia, una vez constatado con actuaciones del aquí apelante mediante escritos que evidencian ese conocimiento, tiene consecuencias concretas en orden al inicio del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Y en este caso está acreditado que el recurrente tuvo conocimiento de la licencia de 10 de octubre de 2017 en el momento en que accede al expediente (a resultas de la solicitud de acceso presentada el 23 de enero de 2018, lo cual evidencia su conocimiento sobre la existencia de dicho acto). (...)

Vista la STS de 21 de enero de 2019 n. resolución 1621/2019, n. recurso 6097/2018, y las sentencias anteriores del Alto Tribunal, citadas por las partes apeladas, no se puede eludir la trascendencia que tiene la acreditación, con actos propios del recurrente, de la adquisición en un determinado momento de un efectivo conocimiento de la existencia y contenido del acto autorizatorio, a la hora de determinar el inicio del cómputo del plazo de impugnación de ese acto. No estamos ante el ejercicio de la acción pública como mera denuncia de la ilegalidad de las obras en la que se inste la adopción de medidas de reposición de la legalidad urbanística, sino que en este caso lo que se pretende es la anulación de dos concretos actos administrativos por los que se otorgaron determinadas licencias, estando sujeta su impugnación a un plazo preclusivo, desde el momento en que se constata el conocimiento de tal acto.

Ese plazo preclusivo no es eludible por el mero hecho de que se alegue la presentación de escritos en los que se solicita la revisión de la licencia por causa de nulidad, ya que el objeto de la presente litis no era la desestimación presunta de tales solicitudes (cuya formulación anterior, por lo demás, ya evidenciaba el conocimiento del acto autorizatorio contra el que se ha venido a interponer el presente recurso meses después del vencimiento del plazo, de forma extemporánea). (...) En cuanto a la alusión al artículo 154 de la Ley del Suelo de Galicia, su invocación es inane respecto al plazo de recurso contra los actos expresos de otorgamiento de las licencias por parte de quien pretenda ejercitar la acción pública, ya que dicho precepto lo que regula es la atribución de la potestad administrativa de suspensión de las licencias para su ulterior impugnación en vía jurisdiccional, y en su apartado segundo se remite a los procedimientos de revisión de oficio de la legislación básica. De dicho precepto no se desprende que el ciudadano interesado en impugnar una licencia de la que tiene conocimiento pueda prescindir del plazo legalmente establecido para la interposición de su recurso. Cuestión distinta es que, si concurre causa de nulidad de pleno derecho, pueda instar su revisión por esa causa por el cauce previsto en la legislación básica (actualmente artículo 106 de la Ley 39/2015) sin sujeción a un plazo preclusivo, en cualquier momento –siempre respetando los límites del artículo 110 de la Ley 39/2015– pero, repetimos, la desestimación presunta de una solicitud de revisión no es el objeto de este procedimiento, sino de otro recurso contencioso-administrativo, promovido por el mismo recurrente. Por lo demás, el hecho de que la Administración pueda declarar lesivo un acto en el plazo de cuatro años en nada afecta a la extemporaneidad del recurso formulado

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

por un particular en ejercicio de una acción impugnatoria: cuatro años es el plazo del que dispone la Administración para la declaración de lesividad y posteriormente proceder a la impugnación en vía contencioso-administrativa, no el plazo del que dispone el particular que ejercita la acción pública impugnando los actos de otorgamiento de dos licencias urbanísticas».

4.4 Disciplina urbanística. La APLU no puede ordenar directamente la demolición de una edificación amparada en licencia urbanística municipal en vigor. Antes debe conseguir su anulación o declaración de nulidad

La Sentencia del TSJG de 2 de noviembre de 2020 (rec. 4163/2019, ponente: Martínez Quintanar) confirma la anulación de una orden de demolición de una vivienda dictada por la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de la Xunta de Galicia (APLU), al haberse erigido conforme a una licencia urbanística municipal en vigor. Afirma el tribunal lo siguiente:

«(...) la sentencia apelada concluye que “la tesis sostenida por la APLU de considerar que puede ordenar directamente la demolición de una edificación construida conforme a la licencia municipal de obras previamente otorgada (vigente y eficaz), con el subterfugio de que en su opinión adolece de un vicio de nulidad, sin impugnarla, ni revisarla de oficio, es incompatible con los principios más básicos de nuestro Derecho urbanístico y administrativo antes reseñados, generando además una grave inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario”. Compartimos esta conclusión de la sentencia apelada. (...)

(...) si existe licencia, la acción de la reposición de la legalidad urbanística solo puede ser ejercitada en el supuesto de que las obras no se ajusten plena y fielmente a la licencia otorgada, y no en otro caso. La contravención del ordenamiento urbanístico por obras realizadas ajustándose a la licencia otorgada no es un supuesto contemplado por el artículo 209 de la LOUGA 9/2002, que solo contempla la orden de demolición para las obras que no fuesen legalizables por ser incompatibles con el ordenamiento urbanístico, y ese juicio de legalizabilidad solo puede recaer sobre obras sin licencia, ya que si son obras ejecutadas al amparo de una licencia no cabe hablar en puridad de no legalizabilidad o legalizabilidad, ya que está otorgado el título habilitante que consideró en sentido favorable la legalizabilidad. Lo que está en cuestión cuando hay licencia es el ajuste de la obra a la licencia, y la demolición solo procederá en ese caso cuando estando ordenado ese ajuste, no se acabe produciendo.

Ello no desapodera a la APLU de su potestad de verificar que no se otorga licencia a un uso prohibido en suelo rústico. Lo que sucede es que si las obras se ajustan a la licencia y a pesar de ello la APLU considera que son incompatibles con el ordenamiento urbanístico, en tal caso la incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico se origina en el propio acto municipal de otorgamiento indebido de la

licencia, al legitimar un uso residencial prohibido en suelo no apto para el mismo, y ello obliga inexcusablemente a que si la infracción se comete con el acto de otorgamiento de la licencia – que se concede de forma indebida – la APLU deba ejercitar sus potestades instando la revisión de la licencia, al amparo del artículo 212.2 de la LOUGA 9/2002, y los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local.

(...) si efectivamente se da por supuesta la invasión del suelo rústico, lo que procede no es la adopción de medidas de reposición de la legalidad urbanística conducentes a la demolición, sino precisamente la revisión de la licencia. Esta revisión, de conducir a la declaración de nulidad de la licencia, abocaría a la demolición de las construcciones que invadan suelo rústico, demolición cuya procedencia no se derivará de esas ligeras variaciones de lo ejecutado, sino de la invasión de suelo no urbanizable, invasión que no cabe dar por supuesta en este procedimiento, sino que debe probarse en el procedimiento conducente a revisar la licencia otorgada, porque tal invasión por las dos construcciones se originaría en el proyecto autorizado por la licencia, y no por un emplazamiento distinto de las edificaciones que se apartase del proyecto.

Este es el motivo por el cual procedía anular igualmente la orden de demolición respecto a la edificación auxiliar, ya que la contravención urbanística en que se basa dicha orden en realidad es un vicio que, de existir, afectaría a la licencia, y los cambios entre lo proyectado y lo ejecutado son irrelevantes en orden a justificar la demolición acordada, ya que serían en todo caso legalizables, sin que proceda condenar a la APLU a exigir esa legalización porque solo tiene competencia para ordenar la reposición de la legalidad si se considera probada la invasión del suelo rústico, y entonces lo que procedería no es la legalización, sino la demolición por esa invasión, pero no como medida derivada de un expediente de reposición de la legalidad, sino como efecto inherente a la declaración de nulidad de la licencia, previa tramitación del procedimiento de revisión correspondiente, ya que esa invasión derivaría de lo proyectado, y por tanto debe alegarse y probarse en el procedimiento de revisión de la licencia.

En suma, no estamos hablando de edificaciones distintas a las proyectadas, ni en emplazamiento diferente, ni de naturaleza y características que se aparten de forma relevante respecto a lo proyectado, ni la orden de demolición de las construcciones deriva de un desajuste de lo edificado respecto a lo proyectado, sino de una posible invasión parcial de suelo no urbanizable con construcciones residenciales que están efectivamente emplazadas en el lugar indicado en el proyecto autorizado por la licencia, lo que significa que la forma de remediar esa posible contravención urbanística consistente en la materialización de un uso prohibido en suelo no urbanizable de protección de espacios naturales es la revisión de la licencia que ha autorizado el proyecto que permitió esa posible invasión, al grafiar, según la tesis de la APLU, de forma incorrecta la línea separadora de las clasificaciones. Esa revisión de la licencia debe ser instada por los procedimientos administrativos y/o judiciales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico y solo en el caso de que efectivamente se declare su nulidad o se anule podrá prescindirse de los efectos

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

autorizatorios de la licencia municipal, y sería la consecuencia indeclinable de esa declaración de nulidad –derivada de la invasión de suelo no urbanizable con un uso prohibido– precisamente la demolición de lo construido, consecuencia que no puede apreciar unilateralmente la APLU prescindiendo del procedimiento de revisión de dicho acto autorizatorio, al dimanar el vicio apreciado no de un desajuste de lo ejecutado con lo autorizado sino de un posible vicio del proyecto autorizado. Sobre este posible vicio del proyecto la sentencia apelada no se pronuncia categóricamente y tampoco lo debe hacer esta sentencia de segunda instancia, ya que no cabe prejuzgar ni anticipar el resultado de un eventual expediente de revisión de la licencia que no ha sido instado, sino simplemente constatar que ese era el procedimiento adecuado para conseguir el efecto pretendido por la APLU. Ello no supone vaciar de competencias a la Administración autonómica, sino concretar el procedimiento a través del cual deben ser ejercidas, debiendo recordarse que dentro de las funciones de la APLU se encuentra no solo la tramitación de los expedientes de reposición de la legalidad, sino también, entre otras, “el requerimiento para la anulación de licencias urbanísticas contrarias a la normativa reguladora del urbanismo, la ordenación del territorio y del litoral” (artículo 3.h) del Decreto 213/2007, de 31 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la APLU) (...)».

5 Personal

5.1 Carrera profesional del personal interino

El TSJG, en su Sentencia de 17 de marzo de 2021 (rec. 193/2019, ponente: López González), anula la Orden de la Consellería de Hacienda de 28 de marzo de 2019, por la que se publica el Acuerdo entre la Xunta de Galicia y las organizaciones sindicales CC. OO. y UGT, para la implantación del régimen extraordinario de acceso al grado I del sistema de carrera profesional del personal funcionario de carrera de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y del personal laboral fijo del V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, «en la medida en que excluye al personal laboral temporal y a los funcionarios interinos del régimen de carrera profesional establecido». Incide la sentencia en que:

«La Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre acuerdos y resoluciones análogos al impugnado, concluyendo que la carrera profesional forma parte de las condiciones de trabajo de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE, referida al principio de no discriminación, y que, en consecuencia, no procede excluir de ella al personal no permanente.

Así lo ha hecho en sus sentencias de 18 de diciembre de 2018 (recurso de casación 3723/2017), 21 de febrero de 2019 (RC 1805/2017), 25 de febrero de 2019 (RC

4336/2017) y 6 de marzo de 2019 (RC 2595/2917), versando las tres últimas sobre personal estatutario sanitario del Instituto Catalán de Salud.

Dicha jurisprudencia, a su vez, ha tomado base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia, que se ha pronunciado recientemente con nitidez en relación a la carrera profesional en el Auto de 22 de marzo de 2018, dictado en el asunto C-315/1, originado por una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n. 2 de Zaragoza, en un procedimiento referido a la exclusión de la carrera profesional horizontal de una funcionaria interina de la Universidad Pública de Zaragoza. (...)

De la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo expuesta se deduce que resulta discriminatorio, y vulnerador del artículo 14 de la Constitución española, el trato que se otorga al personal laboral temporal, al resultar excluido, de la posibilidad de acceso al grado I de la carrera profesional, pues así se deriva de la exigencia en el artículo 6 de la Orden impugnada. (...)

Resulta evidente la diferencia de trato que establece el sistema de carrera diseñado entre, por un lado, los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo y, por otro, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada, ello en la medida que excluye a los segundos de la carrera profesional horizontal que reserva para los primeros.

Y no existen razones objetivas que justifiquen esa diferencia de trato, porque lo determinante de la carrera profesional es el desempeño de las funciones propias de la categoría desde la que se pretende acceder y no el carácter fijo o temporal del nombramiento mediante el cual se desarrolla la actividad profesional de que se trate, resultando indiscutible la identidad del trabajo realizado por el personal fijo y el temporal de la correspondiente categoría. En efecto, si la carrera profesional se vincula al desempeño de las funciones propias de la categoría profesional, el personal laboral temporal no puede quedar, sin más, excluido del acceso a la carrera profesional, dado que su nombramiento le permite ejercer las funciones propias de la categoría profesional a la que pertenece, en idénticos términos que el personal laboral fijo.

Hay que pensar que, de cara al régimen de carrera horizontal, según el artículo 17.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, han de valorarse “la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida”. Todo ello es perfectamente evaluable para el personal temporal al igual que para el fijo, por lo que si se excluye al primero cabe apreciar una discriminación injustificada.

Por otra parte, de la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español se desprende que, en cuanto al sistema extraordinario de carrera que se regula, ha de ser unitario el régimen

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

del personal fijo (sea funcionario de carrera o personal laboral fijo) y el temporal (sea funcional o laboral), pues, al tratarse de una condición de trabajo, la regulación ha de ser pareja y homogénea, a fin de evitar el riesgo de generar un trato dispar vulnerador de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE referida al principio de no discriminación, así como del artículo 14 de la Constitución española.

Cierto es que, según el artículo 82 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, “La carrera profesional y la promoción del personal laboral se harán efectivas a través de los procedimientos previstos en la legislación laboral y en los convenios colectivos”, pero ya hemos visto que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, no cabe que ni la normativa laboral ni los convenios colectivos establezcan un régimen de carrera profesional horizontal diferente para el personal laboral fijo y temporal».

5.2 Personal sanitario temporal. Nombramiento fraudulento para plaza estructural

La Sentencia del TS de 17 de febrero de 2021 (rec. 3321/2019, ponente: Requero Ibáñez) revoca la del TSJG impugnada –que le había atribuido la condición de “personal indefinido no fijo” a un médico con vínculo temporal prolongado en el Servicio Gallego de Salud de Galicia–, concluyendo finalmente que:

«(...) en un caso como el que enjuiciamos, en que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario la misma solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. (...)».

5.3 Acceso por sindicatos a documentación e información del departamento de personal de la Administración. Protección de datos

La Sentencia del TS de 9 de febrero de 2021 (rec. 1229/2020, ponente: Teso Gamella) confirma el pronunciamiento del TSJG desfavorable a la petición formulada por varios sindicatos al Sergas de información relativa a los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, especificando el tipo y fecha de inicio de prestación del servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por

“acumulo de tareas” como las “sustituciones” y otras plazas “no estructurales”. Considera el alto tribunal que:

«En el caso examinado el límite al derecho fundamental de la libertad sindical, respecto del acceso a documentación e información, se produce por el reconocimiento constitucional de otro derecho fundamental, el de la protección de datos de carácter personal. (...) De modo que debemos averiguar si los preceptos invocados – artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical–, suponen una excepción a la exigencia del consentimiento. Teniendo en cuenta que la documentación solicitada supone un volcado masivo de datos, en los términos transcritos en los fundamentos anteriores. Pues bien, ni el expresado artículo 10.3.1ª, por lo que se refiere a la equiparación, a estos efectos, de los delegados sindicales, con los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, respecto del “acceso a la misma información y documentación”, ni el citado artículo 40.1.a) que señala como función de los delegación de personal “recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento”, describen un supuesto legalmente previsto que exceptione el consentimiento de los interesados a los efectos del artículo 11.2.a) de la Ley de 1999, en un caso como el examinado en el que se solicita una cuantiosa e indiscriminada cesión de datos, sin proporcionar una mínima explicación, al tiempo de su solicitud, de la necesidad o relevancia de esos datos para el ejercicio de sus labores sindicales.

Resulta relevante, por tanto, que medie la debida relación entre los datos personales del personal estatutario que se solicitan, con la importante función sindical que se desarrolla. De modo que únicamente cuando estos datos personales son necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse exceptuados del consentimiento, pero no cuando se encuentran desvinculados o se desconozca su relación, al no haberse puesto de manifiesto su conexión con dichas funciones sindicales. (...)

En relación con al carácter no íntimo de los datos solicitados, que se invoca por la parte recurrente, conviene tener en cuenta que el derecho fundamental a la protección de datos se refiere a cualquier dato de la persona en las esferas en las que se desenvuelve. Recordemos que el ámbito de la protección de los datos tiene que ver con concepto de “privacidad”, que va más allá que la “intimidad” alegada. De modo que los datos relativos al nombre y apellidos, tipo de puesto de trabajo, o el inicio de la prestación no disociados de aquél, son datos, que, aunque no sean íntimos, están protegidos por la citada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal de 1999.

Viene al caso traer a colación la definición del “dato” que establece el artículo 3.a) de la mentada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. A estos efectos, debemos citar la STC 292/2000, de 30 de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

noviembre, pues aunque los datos que se solicitan son datos profesionales, lo cierto es que la protección de datos “no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean fundamentales o no, porque su objeto no es solo la intimidad individual”, toda vez que tiene su amparo en el artículo 18.4 CE, y no en el artículo 18.1 CE, relativo a protección de los datos personales».

5.4 Complementos de productividad fijos y regulares. Desnaturalización. Equivalen realmente a complemento específico, por lo que deben abonarse en períodos de vacaciones y permisos

Examina el TSJG, en su Sentencia de 10 de marzo de 2021 (rec. 407/2020, ponente: Seoane Pesqueira), el peculiar régimen de los agentes facultativos medioambientales de la Xunta de Galicia, que perciben durante 4 meses del año un “complemento de productividad” lineal y fijo. Determina la procedencia de su abono durante los períodos de vacaciones, permisos retribuidos y bajas disfrutadas durante ese intervalo, como si formase parte del complemento específico. Considera el tribunal que:

«(...) En orden a determinar la auténtica naturaleza de dicha retribución hay que tener en cuenta que las cosas son lo que son, al margen de la denominación que se le otorgue, por lo que el hecho de que en el artículo 7 de la Orden de 21/3/2005 se denomine como complemento de productividad ni resuelve la controversia ni despeja las dudas. A la vista de los mencionados artículos 2 y 7 de la Orden de 21/3/2005, si la necesidad de realizar guardias de 12 horas en épocas de alto riesgo forestal se asocia prioritariamente al desempeño de la actividad propia del puesto de trabajo en esos períodos, no cabe duda de que no se trata propiamente de un complemento de productividad, que se caracteriza por su naturaleza subjetiva, sino de un complemento objetivo anudado a las características del puesto en esas épocas del año. Por ello, no puede compartirse el criterio de la Xunta de Galicia de que la retribución tiene carácter personalista y subjetivo, pues no es cierto que se abone en función de una concreta actividad extraordinaria, sino de una característica del puesto en esas determinadas épocas del año. La única peculiaridad es que esa condición del puesto no es permanente para todo el año, sino que se ciñe al período extraordinario en que se incrementa el riesgo de incendios forestales, pero ello no deja de constituir una peculiaridad del puesto que se identifica con una de las condiciones en que se desarrolla el trabajo, tal como exige el artículo 24.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, para uno de los grupos de las retribuciones complementarias, en concreto las ligadas a las condiciones del puesto, y el artículo 137.2.b) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, para el complemento de puesto de trabajo.

En definitiva, en esa época del año de mayor riesgo forestal se altera una de las características del puesto desempeñado, cual es el horario y los días de prestación del servicio, pues han de realizarse guardias de 12 horas durante todo el mes en lugar de turnos de 7 horas, no se realiza trabajo nocturno y se produce una disminución de días de trabajo en festivo y fines de semana, por lo que no cabe duda de que la retribución que remunera esa diferente condición en que se desarrolla el trabajo ha de incardinarse entre las retribuciones complementarias de carácter objetivo. Coadyuva a la anterior conclusión el hecho de que no se percibe la retribución tras un análisis individualizado sobre el especial rendimiento, actividad extraordinaria, interés o iniciativa con que el funcionario desempeña el trabajo, parámetros relevantes para el complemento de productividad, según la disposición transitoria 10ª de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia.

Además, se trata de una retribución fija en su cuantía y periódica en su devengo, pues está predeterminada en aquel artículo 7 con los incrementos establecidos en la Ley de presupuestos para las retribuciones de los funcionarios de la Xunta de Galicia a partir del ejercicio de 2006, lo cual constituye un argumento más para deducir su carácter objetivo y descartar la naturaleza subjetiva que es propia del complemento de productividad, de modo que, aunque se le denomine así en aquel artículo 7 de la Orden de 21/3/2005, aparece claramente desnaturalizado.

Dado ese carácter objetivo de la remuneración contenida en el artículo 7 de la Orden de 21 de marzo de 2005, necesariamente ha de regir el principio de neutralidad salarial en períodos vacacionales o de disfrute de permisos, pues no puede exigirse la efectiva prestación de servicios para cobrar esos conceptos, debido a que son ordinarios, no subjetivos ni extraordinarios.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de diciembre de 2019 (recurso 101/2019) y 21 de julio de 2020 (recurso 2616/2019), al tratar de la compensación durante las vacaciones anuales de la cantidad que perciben los funcionarios policiales por prestar servicios en turnos rotatorios, descartando que se trate de una gratificación y concluyendo que estamos ante una retribución complementaria que, por tanto, debe percibirse también durante las vacaciones anuales retribuidas. La STS de 1 de octubre de 2020 incide asimismo en el carácter objetivo de la retribución, también llamada impropriamente complemento de productividad, que percibe el personal de servicio de extinción de incendios, al ser una remuneración ordinaria por los servicios que se prestan regularmente.

Respaldan la misma postura 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), que interpretan el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, y entienden que dicho precepto se opone a una normativa nacional que en las vacaciones anuales solamente retribuye al trabajador con su salario base y no, también, con los complementos».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

6 Tributos

6.1 Gestión del impuesto sobre el valor añadido. Autonomía financiera de las comunidades autónomas

El TS, en su Sentencia de 23 de abril de 2021 (rec. 231/2020, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Xunta de Galicia frente a la desestimación presunta de la reclamación que dirigió al Consejo de Ministros de adopción de las medidas necesarias para compensar a la Comunidad Autónoma de Galicia por el desfase financiero producido en la liquidación del impuesto sobre el valor añadido correspondiente al ejercicio de 2017, condenando a la Administración general del Estado a dicha compensación, *«que vendrá determinada por la diferencia entre el resultado de la liquidación practicada por el Ministerio de Hacienda y la que habría resultado de computar en dicha liquidación la recaudación del IVA correspondiente a doce mensualidades, incluyendo, por tanto, la correspondiente el mes de noviembre de 2017, a la que deberá añadirse el abono de los intereses legales»*.

En esta sentencia el alto tribunal concluye:

«(...) en los mismos términos que hemos expuesto en la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2021, resolviendo el recurso contencioso-administrativo 286/2020, que el desequilibrio derivado de la aplicación de la metodología instaurada por el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, determinó la vulneración del derecho a la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma, pues es notoria la disfunción que se deriva del hecho de que las entregas a cuenta se le abonasen en doce mensualidades y, en cambio, en la liquidación definitiva se atendiese únicamente a la recaudación de IVA correspondiente a once mensualidades, derivándose de ello un resultado anómalo.

En la mecánica del sistema regulado en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y en concreto, en lo que se refiere a la recaudación por IVA (artículo 13), es innegable que la liquidación final pueda variar en relación con las entregas a cuenta; pero, como señala la parte demandante, tal discordancia únicamente debe reflejar la diferencia que pueda existir entre las estimaciones que sirven de base para el cálculo de las entregas a cuenta y las cantidades que luego resultan efectivamente recaudadas. Lo que constituye una anomalía es que la diferencia aflorada en la liquidación definitiva venga dada, en todo o en parte, no porque la recaudación efectiva se aparte de las estimaciones iniciales sino porque las entregas a cuenta se calcularon y se abonaron para doce mensualidades y, en cambio, al practicar la liquidación definitiva se atendió a la recaudación de sólo once mensualidades.

De este modo, la aplicación de una norma reglamentaria –Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre– trajo consigo una alteración en las reglas del sistema de financiación autonómico establecido legalmente, produciendo un desequilibrio

que es necesario corregir, al haberse producido un quebranto financiero para la Comunidad Autónoma demandante y, correlativamente, un enriquecimiento indebido para la Administración del Estado.

De este resultado anómalo que venimos describiendo se mostró persuadida la Administración del Estado antes del inicio de este proceso, como pusieron de manifiesto aquellas iniciativas de arreglo extraprocesal a las que antes nos hemos referido y que a la postre resultaron fallidas. Por ello, el principio de lealtad institucional en la actuación de las administraciones públicas (artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) puesto en relación con el artículo 103.1 de la Constitución habría exigido que por parte de dicha Administración se diese a la reclamación de compensación una respuesta muy distinta a la desestimación presunta que constituye el objeto de este proceso. Al respecto, resulta relevante poner de manifiesto los intentos fallidos emprendidos por la Xunta de Galicia para tratar de solucionar el desequilibrio financiero (...)».

6.2 Impuesto de sucesiones y donaciones. Valoración del bien transmitido. Doctrina del “doble tiro”

En la Sentencia de 11 de marzo de 2021 (rec. 80/2019, ponente: Díaz Delgado) el TS estima el recurso interpuesto contra una tercera liquidación del impuesto de sucesiones de la Xunta de Galicia y la anula aplicando el criterio jurisprudencial del “doble tiro”. Se habían practicado anteriormente, sobre el mismo objeto y período impositivo, dos liquidaciones tributarias sucesivas que fueron anuladas por falta de motivación de la valoración de los bienes transmitidos. El TS incide en esta sentencia en que:

«(...) Es designio, pues, del legislador que lo comprobado (o inspeccionado) limitadamente, y que ha dado lugar a una liquidación provisional, no pueda ser objeto de nueva regularización, con la excepción expresada de que se obtengan nuevos hechos en actuaciones distintas de las que fueron objeto de la comprobación limitada. Este concepto, el de “actuaciones distintas”, sólo puede ser integrado atendiendo a la propia disciplina del procedimiento de comprobación limitada, en el que se trata de comprobar hechos y elementos de la obligación tributaria mediante, en lo que ahora interesa, el examen de los datos proporcionados por los obligados tributarios y de los que se encuentran en poder de la Administración. Es decir, el objeto es “los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria” y el medio es el “examen de los datos” consignados por los obligados o a disposición de la Administración. Siendo así, lleva toda la razón la Sala de instancia cuando, en el segundo fundamento jurídico de su sentencia (antepenúltimo párrafo), afirma que el ámbito de la comprobación limitada se ha de predicar del “concepto impositivo” que determina la práctica de una “liquidación provisional” (...). Haría padecer la seguridad jurídica proclamada por nuestra Constitución al más alto nivel (artículo 9.3) que, realizada una comprobación limitada de un determinado

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

elemento de la obligación tributaria (v.gr.: la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios), pese a tener a su disposición todos los datos precisos (por haberlos suministrado el obligado o por contar ya con ellos), la Administración se concentre a su albur sólo en alguno de ellos, aprobando la oportuna liquidación provisional, para más adelante regularizar y liquidar de nuevo atendiendo al mismo elemento de la obligación tributaria, pero analizando datos a los que no atendió cuando debía, pese a poder hacerlo por disponer ya de ellos. (...) haría padecer la seguridad jurídica proclamada por nuestra Constitución (artículo 9.3) que contando la Administración con toda la documentación precisa para regularizar la obligación tributaria, o pudiendo haber contado con ella de haber sido requerida, se limite a su “albur” a comprobar algún elemento de la obligación tributaria, dictando resolución expresa aprobatoria de una liquidación provisional o, en su caso, manifestando que no procede realizar regularización alguna como consecuencia de la comprobación, como ocurrió en el caso examinado, para más adelante regularizar de nuevo por el mismo concepto impositivo y periodo, solicitando documentación distinta a la que fue requerida en el primero, sin que existan nuevos hechos o datos que la Administración no pudiera haber solicitado a la contribuyente en la primera comprobación realizada».

6.3 Indebida inclusión del canon del agua en la base imponible del impuesto del valor añadido

La Sentencia del TS de 3 de marzo de 2021 (rec. 6493/2019, ponente: Córdoba Castroverde) estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Bóveda (Lugo) contra liquidaciones del impuesto de valor añadido relacionadas con el “canon del agua”, concluyendo que la interpretación de:

«los artículos 7.8º.F).b’) y 78.Dos.4º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido debe ser que el consumo de agua no puede equipararse a la prestación del servicio de suministro de agua, por lo que el canon del agua no se puede incluir en la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido».

7 Universidades

7.1 Reconocimiento de sexenios. Silencio administrativo negativo

El TS, en su Sentencia de 7 de abril de 2021 (rec. 4086/2019, ponente: Díez-Picazo Giménez), rectifica el criterio precedente de varios TSJ (incluido el de Galicia), concluyendo que en el procedimiento administrativo de reconocimiento de sexenios al personal docente universitario la superación del plazo máximo para resolver genera un silencio negativo, desestimatorio de la solicitud del sexenio:

«(...) esta Sala estima conveniente comenzar por el sentido del silencio en el procedimiento administrativo de evaluación de la actividad investigadora, destacando que no puede por menos de estar plenamente de acuerdo con las razones aducidas por la Abogada del Estado: la disposición final 26ª de la Ley 22/2013 es una norma legal en vigor; es una norma legal que modificó el sentido del silencio en este tipo de procedimiento administrativo, estableciendo que en adelante sea negativo; y, por ello mismo, es una norma legal que recoge una regla especial. Más aún, no tendría sentido, como muy razonablemente dice la Abogada del Estado, interpretar la derogación del anterior régimen del silencio operada por la mencionada disposición final 26ª de la Ley 22/2013 de tal manera que el sentido del silencio acabara siendo el mismo que antes de dicha derogación. Ello privaría a esta norma legal de cualquier efecto útil, transformándola en un enunciado vacío de significado jurídico. Así las cosas, forzoso es concluir que el sentido del silencio en el procedimiento aquí examinado se rige por una *lex specialis*, que lo configura como negativo (...)».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 513-515
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4756>
© Mercedes Fuertes López
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 13/05/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas

61 Regap

Regap



RECENSIONES

MERCEDES FUERTES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de León

<https://orcid.org/0000-0002-3347-622X>

mercedes.fuertes@unileon.es

BOTO ÁLVAREZ, A.: *Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, 317 pp. ISBN: 978-84-1355-940-7.

Venire contra factum proprium non valet es un brocardo que apunta una sencilla coherencia en el comportamiento. No obstante, la profesora Alejandra Boto nos propone que la sigamos en un análisis sosegado a través de esta nueva monografía, cuya lectura recomiendo, a pesar de que sucesivas reformas normativas poco meditadas reclaman nuestra atención. Resulta más formativo asentar de manera sólida las figuras jurídicas y, sobre todo, advertir hasta qué punto son eficaces para facilitar las relaciones jurídicas o resolver conflictos existentes, máxime cuando los avances tecnológicos están abriendo nuevas puertas que dan a campos sembrados de muchos

interrogantes. Contar con un firme conocimiento es lo que permite advertir los cambios necesarios de perspectivas e, incluso, de paradigmas. Hasta la tan atractiva “inteligencia artificial” aparece mencionada en este libro. Sin duda es necesario reflexionar ante las decisiones automatizadas y, sobre todo, a lo que realmente constituye esa “inteligencia artificial”, esto es, la que ofrecerá otras resoluciones distintas a las inicialmente programadas.

Pero, antes de quedar atrapados por las nuevas tecnologías, atendamos a este libro que constituye un buen ejemplo de reflexión jurídica y de madurez de pensamiento, una madurez que parte en su primera línea con el agradecimiento a su maestro, al profesor Leopoldo Tolivar. Es en la escucha, en el enriquecedor diálogo entre maestro y discípulo, donde surgen esas luces atractivas que llevan al inicio de nuevos estudios.

Los hitos que nos propone la autora para seguir su exposición están nítidamente señalados, lo que consigue que las sucesivas etapas de capítulos y epígrafes aparezcan como lógicas y la lectura sea ágil.

Ha de empezarse por las referencias clásicas del *Digesto* y de los glosadores, por la obra tan sustanciosa de la doctrina privatista, por las aportaciones que construyeron con rigor los publicistas, unos estudios que permiten a la autora, con su fino estilete, recordarnos lo esencial que ese brocardo alberga y explicar los matices con otras asociaciones de ideas que surgen, como son los tópicos, las máximas o las reglas. Con rigor jurídico separa y diferencia ese presupuesto de coherencia, de primera vinculación voluntaria que muestra ese *venire contra* con otras situaciones en las que hay que dilucidar sobre la torpeza o la buena fe. Del mismo modo, ha de diferenciarse de sólidos principios jurídicos, de cuya naturaleza carece, como la seguridad, la interdicción de la arbitrariedad, la protección de la confianza legítima... Y es que las relaciones jurídicas son ricas de ingredientes y perspectivas y no hay que reducir las a la simplicidad de un brocardo latino.

Tras esas páginas consistentes, la excursión avanza por numerosas dependencias judiciales y administrativas. La reflexión no se hace únicamente bajo un flexo, como le gustaba recordar a Ramón Martín Mateo, sino que hay que mirar por la ventana y salir y observar a plena luz del día cómo se aplica el derecho, qué eficacia tiene tanta doctrina, en lo que siempre insiste otro gran maestro, Alejandro Nieto.

El concienzudo estudio de Alejandra Boto nos lleva a las altas instancias europeas. Primero nos acerca a Estrasburgo para conocer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llamándonos la atención sobre algunos votos particulares ciertamente ilustrativos. Luego nos traslada a Luxemburgo para resaltar la esgrima existente en el Tribunal de la Unión y los problemas de armonización del derecho europeo, un viaje que continúa con tres etapas enriquecedoras por el derecho inglés, francés e italiano, donde la invocación a fórmulas –no siempre similares– cuenta con peculiares matices.

Conocidas estas pautas de derecho comparado, la ruta se centra en el derecho español: ¿en qué casos se invoca este brocardo?, ¿encuentra acogida en nuestros tribunales de justicia? El análisis jurisprudencial es extenso. El catalejo de Alejandra va girando sobre un amplio mapa para que podamos conocer muchos ámbitos al

reparar su invocación en diferentes actuaciones y procedimientos administrativos. Su exposición es fruto del gran trabajo realizado. Nos da noticia de las consecuencias reales ante su invocación en la discusión de sanciones administrativas, en el cuidado ambiental, en la disciplina urbanística, en las actuaciones de contratación, en la revisión de subvenciones... Páginas que muestran argumentaciones donde este brocardo concurre con apelaciones a la incoherencia, a la torpeza y errores, a la inseguridad, a la quiebra de la confianza, etc. Los abogados encontrarán numerosas pistas argumentales en este minucioso análisis.

Y el texto continúa. La autora no puede disimular su amplia curiosidad y notable ambición por saber. Una universitaria que quiere realmente profundizar en el estudio y no simplemente contar con otra publicación para rellenar un formulario ante la agencia de turno. Porque la actuación administrativa es rica en escenarios y en protagonistas. De ahí el interés mayúsculo de los siguientes capítulos, en los que resume sustanciosos dictámenes de órganos consultivos con precisiones sugerentes, ya que ha sido tradicionalmente en el análisis de la revisión de oficio donde algunos hemos alojado las explicaciones de este brocardo para facilitar el estudio al alumnado.

El interés de las decisiones de otros órganos encuentra acogida en el siguiente capítulo. En concreto, la posición que mantiene la Agencia Española de Protección de Datos ante los comportamientos privados que han consentido de manera previa; o las resoluciones de los órganos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación con los comportamientos, por ejemplo, de las mesas o de los licitadores.

El libro concluye con unas reflexiones en las que la autora exhibe de nuevo su madurez jurídica al señalar los hitos más relevantes para facilitar una reconsideración de la utilidad práctica de este sencillo brocardo. En fin, un estudio coherente que corrobora que quienes ya desde hace años valoramos el trabajo de Alejandra Boto no nos veamos obligados a *venire contra iudicium proprium*.

Regap



RECENSIONES



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 517-519
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4714>
© Noel Armas Castilla
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 05/02/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

El derecho de acceso a la información pública

61 Regap

Regap



RECENSIONES

NOEL ARMAS CASTILLA
Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-3171-3279>

noel.armas@outlook.es

GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, 872 pp. ISBN: 978-84-1378-234-8.

Este libro expone el fruto de las investigaciones que han realizado los catedráticos en Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla Emilio Guichot Reina y Concepción Barrero Rodríguez. Los autores, amén de reputados estudiosos en la materia, han formado parte de varios proyectos de investigación relacionados con la transparencia, de cuyas conclusiones se nutre este libro.

Con este trabajo, los autores estudian qué repercusión ha comportado la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, Ley 19/2013), así como la labor del Consejo

Estatal de Transparencia y sus réplicas autonómicas. El libro recoge los aspectos claves que configuran la transparencia en nuestro ordenamiento y, en general, analiza desde un punto de vista jurídico-crítico el estado de dicha materia en España y su evolución en los últimos años. Las bondades de este libro son muchas: en primer lugar, se puede comprobar fácilmente que el estudio trata de manera muy completa y profusa el estado de la cuestión; permite conocer cómo se ha fraguado el derecho de acceso a la información pública de la mano de investigadores que han seguido la trayectoria de esta normativa desde la propia concepción de la ley, lo que reviste al trabajo de bastante autoridad. Y lo que es aún más importante: el libro aporta unos datos muy interesantes de cara a la formación de doctrina, tan necesaria para la interpretación y comprensión de una materia que, como esta, aún está dando sus primeros pasos en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, los autores han estructurado la obra, con un criterio bastante lógico, en cinco capítulos, que se recensionan a continuación.

– En el primer capítulo, se abordan las cuestiones generales en materia de transparencia. Sirve de contexto para comprender los antecedentes en que se aprueba la ley estatal y el régimen de competencias con que se desarrolla en las comunidades autónomas, cuestión esta última nada baladí habida cuenta de las particularidades organizativas del Estado español. Los autores teorizan sobre el derecho de acceso a la información pública y lo comparan con el derecho de publicidad activa.

– Ya en el capítulo segundo se pormenorizan algunos de los elementos de la transparencia, como sus ámbitos subjetivo y objetivo. En lo que concierne al ámbito subjetivo de la norma, me produce gran interés el hondo análisis al que se somete la lista de sujetos obligados que incardina el artículo 2 de la Ley 19/2013. Aunque en la obra recensionada no se sigue exactamente el orden que el legislador dio en la redacción de dicho artículo, sí se extraen y comentan estas entidades según su tipología. Algunos de estos sujetos son las administraciones públicas, las sociedades mercantiles participadas en más del 50 % por sujetos previstos en el artículo 2 de la ley, las fundaciones públicas, la Casa Real y otros sujetos como el Congreso de los Diputados o el Senado (cuando actúan dentro de los márgenes del derecho administrativo), corporaciones de derecho público como comunidades de regantes, colegios profesionales y consejos de colegios profesionales (también cuando actúan dentro de los límites del derecho administrativo), así como las asociaciones constituidas por las administraciones y organismos descritos en este mismo artículo de la norma.

También se contribuye a acotar una definición doctrinal del concepto de información pública, cuyas vicisitudes, como se desprende del libro, presentan ciertas complejidades meritorias de estudio.

– El capítulo tercero examina el régimen de los límites en el acceso a la información. Se tipifican estos límites en varias grandes ramas: los relativos al interés público (seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, política económica y monetaria, medio ambiente), los vinculados a la integridad de los procedimientos administrativos y judiciales, los conectados con la protección de derechos e intereses de contenido económico (comerciales, secreto profesional,

propiedad intelectual y propiedad industrial) y los relacionados con la privacidad (aquí son de especial interés los conflictos y la ponderación de intereses que se produce en la frontera entre los datos personales y los de interés público). El alto grado de completión de los supuestos contemplados en el capítulo hace muy útil su lectura.

– A continuación, el cuarto capítulo, que profundiza en aspectos procedimentales, inspecciona la manera en que se puede accionar el derecho de acceso a la información previsto en el artículo 17 de la Ley 19/2013. En concreto, se estudia la iniciación del procedimiento (sujetos, contenidos, medios de presentación), supuestos de inadmisión de solicitudes, tramitación de la solicitud (subsanción, audiencia...) y la resolución. Se profundiza de manera muy expresiva en cada uno de estos estadios del procedimiento, lo que se enriquece con el estudio del régimen de impugnaciones (arts. 23 y 24 de la Ley 19/2013), del que también se refieren las consideraciones que se deben tener en cuenta a lo largo del procedimiento, así como la tramitación de las impugnaciones (requisitos de presentación, trámites, resolución, etc.).

– El quinto capítulo, a modo de cierre, revisa las regulaciones especiales a las que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, al establecer 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”. Es muy interesante porque permite que el libro termine sin olvidar aquellos supuestos que, por su naturaleza, estén sujetos a normas específicas. Resultan de especial atención las menciones que se realizan a la normativa en materia de secretos oficiales y su cercanía con los límites a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 19/2013 referentes a seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores y seguridad pública.

En conjunto, y para concluir, podemos determinar que la obra recensionada ofrece una visión muy interesante sobre el estado en que se encuentra el derecho al acceso a la información pública en España. La autoría del libro es sin lugar a duda una garantía de la calidad de la obra, al estar firmada por dos catedráticos de Derecho Administrativo de reconocido prestigio y cuyas investigaciones han estado vinculadas a la transparencia; en cualquier caso, lo que hace especialmente atractivo este libro es el grado con el que contempla y desarrolla tantos aspectos previstos en la Ley 19/2013. Dada la juventud de esta ley, estos aspectos están aún por asentar, con lo que la obra es un importante impulso para aportar doctrina a la materia que, como se anuncia en el libro y a la fecha de redacción de esta recensión, aún queda pendiente de desarrollo en su correspondiente reglamento.

regap



RECENSIONES



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 521-526
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4720>
© Anxo Varela Hernández
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 07/04/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Buen gobierno y buena administración. Cuestiones claves

61 Regap

Regap



RECENSIONES

ANXO VARELA HERNÁNDEZ
Universidad de Santiago de Compostela
anxovarelahernandez@gmail.com

ZAMBONINO PULITO, M. (dir.): *Buen gobierno y buena administración. Cuestiones claves*, Editorial Iustel, Madrid, 2019, 271 pp. ISBN: 978-84-9890-374-4.

En esta recensión trataremos de abordar de una manera sintética pero amplia y clara (aunque deteniéndonos en capítulos concretos por su trascendencia jurídica y sociológica) el contenido del libro *Buen gobierno y buena administración. Cuestiones claves*, dirigido por la catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz María Zambonino Pulito, que, además de contar con una amplia trayectoria docente y de gestión, realiza una profusa actividad investigadora. Es precisamente

en el seno del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad¹ *Los retos de la Gobernanza para el Derecho Administrativo: buen gobierno y buena administración. Su proyección en las políticas públicas (DER2016-77513-R)*, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), donde surge la obra colectiva ahora analizada, que se constituye como el puerto de llegada de una compleja tarea investigadora que comenzó a desarrollarse en el año 2016 y que tiene como objetivo, en palabras de la autora, revisar instituciones básicas de la materia relacionadas con la organización y la actividad formal de la Administración.

El mencionado texto, partiendo casualmente del análisis semántico de su título, se divide en dos partes: buen gobierno y buena administración, estructura que pretende, sin más, permitir al lector especializado en la materia y a aquel que únicamente pretende profundizar en sus conocimientos de derecho público y, por tanto, reforzar su posición como ciudadano, inferir el concepto de gobernanza².

Este término se constituye como el fundamento lógico de este libro y del proyecto del que forma parte. Su abordaje se recoge de una manera pormenorizada (tal como se indica en la presentación del libro ahora examinado), en la Comunicación de la Comisión de 25 de julio de 2001 *La gobernanza europea. Un libro blanco*, que pretende abrir el continuo diseño de la Unión Europea a su ciudadanía, partiendo de principios como el de transparencia, para llegar a conseguir no solo una mayor vinculación de las personas con la propia organización internacional, sino también para alcanzar una respuesta más eficaz que refuerce uno de los pilares de la Unión recogido en forma de valor fundamental en el artículo 2 del Tratado de Lisboa³: la democracia. De hecho, ya en el artículo precedente se indica que “el presente tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de la Unión (...) en el que las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y cercana a los ciudadanos posible”. En un sentido parecido se pronuncian otras normas que integran el acervo comunitario, así como los derechos estatales de los diferentes Estados que integran la UE, destacando en España la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o incluso en la Comunidad Autónoma de Galicia la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno⁴.

¹ Denominado Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital desde el 13 de enero de 2020 a partir de la publicación en el BOE del Real decreto 8/2020, de 12 de enero, por el que se nombran ministros del Gobierno. Acceso web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-416.

² Término surgido del francés *gouvernance* y traducido, entre otros, al español como gobernanza, al inglés como *governance* y al portugués como *governança*. Asimismo, diferenciado, por ejemplo, de conceptos recogidos en la Real Academia Galega como *governabilidade*, que, por el contrario, no recoge la existencia de *gobernanza*. Acceso web: <https://aplicacions.usc.es/buscatermos/publica/buscas/busca.htm#127542>.

³ Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la CE, realizado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Acceso web: <https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/12/13/1/>.

⁴ Esta corriente, que parece pretender la mayor participación ciudadana de las personas en el desarrollo social, económico y legislativo, entre otros, de sus países, no solo arraigó en Europa en esta segunda década del siglo XXI, sino también en otros países del mundo, como en América Latina, tal como se puede comprobar tras la lectura de diferentes documentos oficiales creados en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y del Departamento para la Gestión Pública Efectiva. Acceso web: <http://www.oas.org/es/sap/dgpe/default.asp>.

Para ahondar en el significado del término gobernanza, analizado desde el particular prisma del derecho administrativo (aunque también, puntualmente, desde el análisis sociológico que le permite al lector adquirir una visión omnicomprendiva de dicha idea, que sitúe fácticamente su conceptualización jurídica), cada una de las partes se divide en cuatro capítulos, abordándose en cada uno de ellos temáticas muy concretas y específicas que, por el contrario, permiten un amplio análisis ya no solo de la propia noción de gobernanza, sino también de los valores, principios y consecuencias prácticas que encarna para el Estado español en su conjunto y, en particular, para la Administración pública en sus diferentes niveles.

En el primer capítulo, elaborado por el también catedrático de Derecho Administrativo Severiano Fernández Ramos, se estudia el referéndum⁵ municipal desde un punto de vista crítico y científico, ya que, además de hacer una síntesis de la regulación autonómica existente, se tratan las dos posibles maneras de ordenar dicha consulta y las minuciosidades que se deben respetar a la hora de hacerlo. Este capítulo se elabora teniendo como eje la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, que va más allá de la Constitución española de 1978 y da cabida a la consulta celebrada por los ayuntamientos en relación con asuntos relevantes de índole municipal, enmarcando la ordenación de las citadas consultas en la legislación de régimen local, aunque, en la medida en que se alude a las consultas específicamente referendarias, se exige la autorización estatal.

Ya en las primeras páginas se pone de manifiesto la poca experiencia legislativa que en este sentido hay en el Estado español, destacando la Ley 8/1987, de 15 de abril, existente en la Comunidad Autónoma de Cataluña, y seguidamente la de Navarra, Andalucía y, por último, la de las Islas Baleares. Asimismo, se hace hincapié en el hecho de que la regulación se aborde mediante leyes, lo que se estima procedente partiendo del desarrollo casi primario (debido a la parquedad de la LRBRL) de un derecho fundamental contenido en el artículo 23, párrafo primero, de nuestra carta magna. Sin embargo, este catedrático de Derecho Administrativo va más allá e indaga en la iniciativa de la propia consulta, en el procedimiento de la iniciativa popular, así como en los objetos y límites de esta. Finalmente, se analiza el epígrafe relativo a la autorización de la consulta por el Gobierno, existiendo en el abanico jurídico autonómico diferentes puestas en práctica del proceso. Sin embargo, se decanta el autor por la opción de que sea el propio ayuntamiento quien directamente dirija tal solicitud al Gobierno de la nación, máxime en un momento en el que las administraciones públicas están obligadas a relacionarse por medios electrónicos, resultando inútil e ilógica la necesidad de que sea el Gobierno autonómico correspondiente quien se constituya como intermediario.

En el segundo de los capítulos, la profesora María Eugenia Teijeiro Lillo explica el proceso de implantación de la transparencia en la Administración local. De hecho, resulta especialmente importante abordar en este nivel el concepto de transparencia en su sentido jurídico por ser esta la Administración territorial que más cerca se encuentra de los problemas, necesidades y conflictos de los ciudadanos y, por tanto, la

⁵ Concepto recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, entre otras.

que mejor puede facilitar los cauces de comunicación y control sin que se difumine el parecer directo de la ciudadanía. Siguiendo este eje vertebrador, es la propia Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG), la que alude al portal de transparencia municipal, así como a la carta de servicios, que se constituye como el instrumento a través del que la Administración informa a la ciudadanía sobre los servicios, derechos y compromisos establecidos⁶. Sin embargo, en las siguientes páginas se nombra el posible enfrentamiento con el deber legal de confidencialidad, existiendo, para velar por los derechos de la ciudadanía enumerados en dicha ley, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁷, que, según se manifiesta en esta obra, tiene una cuádruple función, que, sin más, se resume en la evaluación del grado de cumplimiento de la ley. En este sentido, conviene destacar que este elaborará una memoria anual que se presenta en las Cortes Generales y se publica en el BOE, en la cual, como decíamos, se analiza en sentido amplio la existencia de un derecho efectivo de la ciudadanía de disfrutar no solo de la posibilidad de pedir información (derecho de acceso a la información pública), sino también de la exigencia de tenerla a disposición sin necesidad de petición previa (publicidad activa)⁸. Asimismo, termina el capítulo con un estudio casuístico sobre la valoración de la transparencia desde el año 2015 hasta el año 2018.

Seguidamente, José María Pérez Monguió y Jacinto M. Porro Gutiérrez analizan, respectivamente, los instrumentos de participación ciudadana y la participación ciudadana enfocada en la orientación deliberativa de los gobiernos locales. Ambos son profesores titulares de la Universidad de Cádiz: el primero de Derecho Administrativo y el segundo de Sociología. Este hecho aporta un matiz interesante y permite un análisis amplio e interdisciplinar de esta temática concreta. Podemos afirmar, tras la lectura del capítulo tercero y cuarto, que existen, al menos, cinco instrumentos de participación ciudadana recogidos no solo en distintas disposiciones autonómicas, sino también en diferentes estatutos de autonomía, como en el artículo 71.27 de la Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, referente al Estatuto de autonomía de Aragón. Se enumeran aquí una serie de instrumentos que imponen a las diferentes administraciones la obligación de respetar principios como el de igualdad, pluralidad o corresponsabilidad, tal como indica el autor después de señalar en una sintética tabla la existencia de cada uno de ellos y su correlativa plasmación normativa en los diferentes textos legales que se encuentran recogidos en el ordenamiento jurídico español. Estos son: las audiencias públicas, las encuestas, los foros de participación y los paneles y los jurados ciudadanos. Cerrando el capítulo, se aborda la temática referente a los sujetos legitimados para participar. Además, se pone de manifiesto la posibilidad de que no solo participe el pueblo de manera directa, sino que se pueda

⁶ Definición completa en la web: https://sede.administracion.gob.es/PAG_Sede/CartaServicios.html.

⁷ Organismo público e independiente que no se crea *ad hoc* para el control de la exigencia de transparencia respecto de las administraciones locales, sino que es el encargado de promover la transparencia pública en términos generales. Acceso web: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/index.html.

⁸ Artículos 12 y ss. de la LTBG para el derecho de acceso a la información pública, y artículos 5 y ss. para la publicidad activa.

producir la representación a través de entidades ciudadanas⁹, siempre y cuando estas desarrollen su actividad en la comunidad autónoma en la que se va a producir esa participación, articulada por ejemplo a través de alguno de los instrumentos nominados y siempre que se encuentren inscritas en el registro de participación, tal como se plantea en el capítulo de José María Pérez Monguió. Sin embargo, tal como piensa fundamentalmente el autor y recoge algún texto legal, como la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón, el no cumplimiento de esta última exigencia formal no debería impedir el ejercicio del derecho. Además de lo afirmado, el autor incide en la imprescindible deliberación a la hora de gobernar y en el concepto de gobernanza, constituyéndose esta como la idea de un gobierno compartido, donde confluyen el gobierno tradicional y los actores de la sociedad civil, superando de este modo la exclusividad de las instituciones y actores estatales en la gestión de los asuntos públicos.

Tras el abordaje de los diferentes presupuestos participativos y de un análisis práctico de la diversidad política o territorial en España, se inicia el artículo de la profesora María Isabel Rivas Castillo, que versa sobre las relaciones electrónicas entre las administraciones públicas, así como el interesante análisis de la directora de esta obra colectiva, María Zambonino Pulito, que estudia la posición del interesado ante el trámite. Se afirma entonces la necesidad de dar una plasmación normativa a un tangible crecimiento fáctico de la utilización del entorno virtual para dotar a la Administración de una serie de límites y facultades que permitan una correcta interconexión en el seno de la misma. Paralelamente a este hecho nace el inevitable análisis del interesado ante el trámite, que podrá ocupar diferentes estatus en función de las obligaciones de la Administración, existiendo la obligación de tramitar el procedimiento, la de no tramitarlo y la obligación de dictar resolución expresa; además, se dan otras situaciones pasivas del interesado en el procedimiento, como el caso en el que la obligación originaria de tramitar el procedimiento se enerva, en todo caso, por la concurrencia de diversas circunstancias una vez iniciado el procedimiento administrativo que genera igualmente su opuesta o la casuística prevista en el artículo 95.4 de la Ley 39/2015. Sin embargo, las autoras ahora mencionadas inciden en la normativa de protección de datos y en el consentimiento del administrado para finalizar con la ineludible alusión a la Comisión Sectorial de Administración Electrónica, que se presenta, según María Isabel Rivas Castillo, como el órgano técnico de cooperación entre las administraciones territoriales y entidades locales en materia electrónica, creado conectando la disposición novena y el artículo 152 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

El broche final, tras un extenso análisis doctrinal y normativo, lo aporta el capítulo desarrollado por Mercedes Silva López, que profundiza en la perspectiva jurisprudencial sobre un tema específico y que trata minuciosamente situaciones que están a día de hoy en el imaginario colectivo, como el derecho de los menores residentes en

⁹ Respecto a estas, no se exige personalidad jurídica y, de hecho, tal como se indica en la obra, se les reconoce esta condición a distintos tipos de entidades, incluso privadas, así como a redes ciudadanas o plataformas, entre otras.

el domicilio en el caso de, por ejemplo, viviendas ocupadas ilegalmente, casuística reconocida en la STS de 23 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5339)¹⁰.

Con carácter previo a este capítulo de cierre, reflexiona Yolanda Torres Barquilla sobre el régimen de control de la Administración en las declaraciones responsables, así como en la materialización del control *a posteriori*. Para ello, se sumerge en la inescrutable posibilidad del inexistente o tardío control por parte de la propia Administración que, a su vez, no cuenta con dicha obligación, aunque, *a contrario sensu*, sí que puede derivar en la exigencia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas¹¹, ya que el inicio de una actividad sin intervención administrativa genera una mayor posibilidad de causar daños.

En definitiva, se trata de una obra que acoge un penetrante análisis sobre los aspectos administrativos de la buena Administración y el buen gobierno gracias al análisis de temáticas más generalistas y otras más concretas. Ello permite seguir caminando hacia la utopía de una sociedad democrática en la que el ciudadano se constituya como el eje vertebrador y en la cual las relaciones con la Administración, especialmente las nuevas maneras de comunicación con ella y las innovadoras formas de intercomunicación en el seno de esta se democraticen. Para conseguirlo se aboga por el impulso de principios básicos de la actividad administrativa que permitan dejar atrás la democracia representativa para profundizar en matices que recuerden la democracia deliberativa acuñada por Joseph M. Bessette a finales del siglo XX.

¹⁰ Acceso web: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a19608edc0d7f106b1b1e622f5eec316774a>.

¹¹ Recogida en los artículos 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 527-532
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4729>
© Emma Vioque Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 30/03/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural

61 Regap

Regap



RECENSIONES

EMMA VIOQUE MARTÍNEZ
Abogada
e.vioque@me.com

GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á.: *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2020, 170 pp. ISBN: 978-84-18244-21-6.

La autora de esta obra es, en la actualidad, profesora titular del Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal de la Facultad de Derecho de Salamanca. Entre sus múltiples líneas de investigación, merece especial atención su preocupación por la igualdad, sin dejar de lado otros campos como son su interés por el medio ambiente y el cambio climático.

En este libro se ha recogido, profundizado y abordado la gran problemática existente para la mujer en el medio rural, desglosándose y analizándose las políticas actualmente existentes tendentes a la implantación en un plano de igualdad de la

mujer en el ámbito rural, destacándose la importancia de su papel en este medio, todo ello en aras de erradicar el despoblamiento, la España vacía.

Estructurado en cuatro capítulos, en el primero de ellos la autora se centra en la conceptualización del principio de igualdad y su ubicación dentro del marco legal, considerándose este como un principio de carácter universal. Se realiza todo el estudio sobre una acomodada y perfecta referencia tanto histórica como comparada sobre los anclajes y el intento de configuración de este principio como un pilar sólido, eliminándose o, al menos, intentando eliminar cualquier estereotipo de género. La importancia de la mujer en el medio rural, entendida esta no como el general estereotipo que tenemos de ella, sino como la de una mujer joven, con estudios superiores, hace necesaria, como bien acierta a indicar, la implantación y la búsqueda de políticas modernizadoras, políticas sociales que abarquen la asistencia sanitaria, políticas de conciliación, promociones de la igualdad, oportunidades laborales, acceso a TIC, etc., todo ello con el fin de dar el máximo cumplimiento a los presupuestos de los ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible) de las Naciones Unidas. Y es que no es hasta 1983 cuando son reconocidos los derechos de las mujeres como inherentes a los derechos humanos. Deben destacarse las menciones tan concisas que la autora realiza de las metas de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, en las que hace hincapié en el derecho de titularidad de la tierra por las mujeres, derecho que hasta hace escasos años no era reconocido. Su estudio comparativo analiza los diferentes tratados de la Unión Europea, para profundizar en las políticas que se aplican en España y en las comunidades autónomas (CC.AA.). Bajo el Marco Nacional de Desarrollo Rural, cada comunidad autónoma tiene su propio proyecto de desarrollo rural, y son ellas las competentes para legislar de manera específica (como, por ejemplo, el Estatuto de las mujeres trabajadoras del País Vasco). La autora es hábil y consciente en la detección de que estas políticas deben ir ligadas y vinculadas a la situación geográfica que cada población tenga dentro del territorio nacional; así, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se distinguen líneas de actuación diferentes para el campo y para el mar.

Bajo la denominación principal de “Mujer y desarrollo sostenible”, su capítulo II se inicia con definiciones conceptuales; por ejemplo, qué debe entenderse por medio rural y sostenibilidad.

Los diferentes conceptos que se extraen de “medio rural” por parte del Instituto Nacional de Estadística y de la Ley 45/2007, de desarrollo sostenible del medio rural (LDSMR), hacen que finalmente la autora centre su estudio en los hábitats rurales intermedios y en los hábitats “a revitalizar”, por ser donde los problemas de envejecimiento y despoblación se ven más acentuados y precisan de políticas eficaces. Se hace constatar el hecho de que la desagrarización amenaza al patrimonio histórico-artístico y, por tanto, ello debe ser objeto de protección.

Si bien inicialmente el concepto de sostenibilidad iba ligado en exclusiva al derecho ambiental, hoy día, con la Agenda de Desarrollo de las Naciones Unidas, no solo se concibe como un principio jurídico universal, sino que alcanza la tipificación de ser un completo derecho humano.

Especialmente interesante resulta el estudio que aborda de los Planes de Zona que se desarrollan en los Programas de Desarrollo Rural Sostenible (que giran en torno a 5 ejes), creados por la propia LDSMR, siendo estos los que requieren la máxima participación de la mujer, con igualdad de trato y oportunidades, y mal cabe hablar de incorporar estos principios si se distinguen actuaciones dirigidas exclusivamente a mujeres. Participo plenamente de esta idea, siendo necesario un cambio en este enfoque, pues realmente no hace más que crear desigualdad en el intento de alcanzar la igualdad: se requiere, por tanto, como acertadamente indica la autora, incorporar el principio de igualdad de todas las actuaciones del medio rural, porque la igualdad de género no es exclusiva de las mujeres. Igualmente propone que, para iniciar el proceso de alcanzar esta meta, es precisa una mayor degradación y precisión en los parámetros estadísticos que sean generadores de un verdadero impacto de género.

Adentrándose en las tipologías de mujeres en el medio rural, se realiza un exhaustivo estudio de las ventajas para la promoción de la cotitularidad (Ley 35/2011, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrícolas). Frente a la falta de información que actualmente existe sobre este tipo de unidades económicas –que no dejan de ser una comunidad de bienes–, carentes por sí de personalidad jurídica propia, se alzan sus numerosas ventajas a la hora de obtener subvenciones, actividades formativas, agilidad de tramitación... Queda establecida otra opción jurídica a la que acogerse, cual es la sociedad limitada. Al respecto, se debe matizar que no se realiza mención a la figura de la cooperativa, opción, a mi entender, con muchas ventajas sociales, bonificaciones fiscales..., siendo la actividad cooperativizada especialmente idónea en el medio rural.

Las referencias a la violencia de género existentes en el medio rural son muy acertadas en la obra, pues a los problemas consabidos de la mujer rural y su entorno se añaden este tipo de actos delictivos que hacen incluso más palpables la falta de servicios sociales, de atención, de información, carencia de medios adecuados de desplazamiento... Este “aislamiento” es nefasto para la globalidad que ya de por sí envuelve al tipo penal específico. La creación del Registro Unificado de Violencia de Género puede paliar, en parte, este desequilibrio existente.

En su capítulo III, se explica con sumo detalle y se especifica qué actuaciones son requeridas para mejorar las condiciones de vida en el medio rural de las mujeres. Se parte de la premisa de que, hace escasos años, el concepto de vida en el campo se ha equiparado a calidad de vida. Pero está claro que quien elige esta forma de vida lo hace como opción, no por imposición. Lo que sí se hace necesario es luchar contra el envejecimiento y el despoblamiento, y para ello son un total de cuatro los ejes sobre los que se debe actuar: inserción laboral de las mujeres; conciliación y corresponsabilidad; mejora de las infraestructuras; y participación activa de las mujeres en la toma de decisiones de los diferentes órganos.

Dejar al margen la correspondencia “mujer = cuidadora” es primordial. Este estereotipo de mujer, con trabajo no remunerado, no puede optar a dar el salto al mundo laboral si no es con una oferta de oportunidades laborales. Y ello no es posible sin programas de ayuda conciliadora, facilidades de transporte, acceso adecuado a

TIC... Los nuevos empleos que van surgiendo son capaces de lograr una conciliación laboral; ejemplo de ello es el turismo rural o la transformación y comercialización de productos artesanos. No obstante, se requiere mayor promoción de estas actuaciones emprendedoras que favorezcan y dinamicen el mercado laboral. En definitiva, el fomento de planes de igualdad. La necesidad de un salario, unida a la flexibilidad horaria –conciliadora– sin duda son pilares básicos, así como un mayor número de ayudas y accesos a microcréditos. Es incluso necesaria, como apunta nuestra autora, la flexibilización burocrática en aspectos urbanísticos a la hora del establecimiento de actuaciones en suelos que, inicialmente no contemplados por sus planes generales de ordenación urbanística para tales fines (hospedajes, deportivas, industriales...), puedan ser objeto de su reclasificación o recalificación –en su caso–.

El rol de la mujer en el medio rural es aún muy fuerte, y debe debilitarse este concepto a fin de que la conciliación pueda llegar a buen puerto. Hay iniciativas que ya se han puesto en práctica, como son los pactos locales por la conciliación encaminados al cambio de mentalidad, cuestión esta que, bajo mi criterio, es el principal escalón con el que la conciliación se topa. Hasta tanto esta mentalidad no se modifique, difícilmente las actuaciones serán eficaces. Sin embargo, como bien se indica en la obra, estas políticas son más eficaces en los trabajos de familias temporeras, que, con la puesta en marcha de guarderías, residencias de centros de día, se ha podido comprobar que la empleabilidad va en aumento.

La introducción en nuestras vidas del teletrabajo, debido a la COVID-19, ha supuesto un cambio radical en la vida laboral, sin distinción de género. Se ha demostrado que es no solo viable, sino hasta aconsejable, tal y como apunta la autora. Las herramientas, las TIC, han tenido que crecer a ritmos vertiginosos para adaptarse a esta situación que a todos nos ha cogido por sorpresa. Debe darse igualdad al trabajador que lo hace físicamente como a al que teletrabaja y debe elaborarse sin prisa, pero sin pausa, un marco general que dé la misma protección a unos que a otros (aun estando en vigor el RD Ley 28/2020 de trabajo a distancia, ha sido de muy rápida creación y adolece, bajo mi criterio, de algunas lagunas). Las TIC son primordiales para el desarrollo local, de productos, de servicios, etc. Por tanto, se requiere que su acceso sea garantizado. Este acceso es instrumento clave no solo para dar a conocer los productos y servicios, como hemos indicado, sino para socializar, interactuar... jóvenes, mujeres. Las campañas de prevención, como “Estamos contigo, la violencia de género la paramos todos”, deben tener cobertura total (Plan Nacional de Territorios Inteligentes).

Es indudable que otra de las medidas urgentes pasa por la mejora de las infraestructuras y de los servicios públicos, de tal suerte que se garantice el acceso digno a estos servicios. El intento quedó parcialmente paralizado con la crisis de 2008. La búsqueda de nuevas fórmulas que permitan una mayor accesibilidad a los servicios e infraestructuras repercutirá en una mayor calidad de vida, siendo asimismo directamente proporcional a la mejora de la movilidad, al desarrollo económico y a la creación y acceso al empleo. Del mismo modo, es importante la optimización de los recursos naturales, tales como agua y electricidad, con medidas muy favorecedoras

al impacto ambiental, sin olvidar las energías renovables, cuya potenciación se contempla en los Programas de Desarrollo Sostenible del Medio Rural.

Otro de los aspectos claves que acertadamente son objeto de estudio es la necesidad de potenciar la participación política de la mujer del medio rural, hoy por hoy escasa. Fomentar y promover su protagonismo en este ámbito se hace necesario; el arrastre de su participación de las áreas de ocio y actividades culturales a áreas de organizaciones sindicales, profesionales, agrarias. La paradoja se produce, sin embargo, en pueblos más pequeños donde el rol de la mujer es más arraigado, donde hay más alcaldesas y concejales, debiéndose ello a su activa participación en asociaciones culturales, sociales... De potenciarse el asociacionismo de microempresas llevadas por mujeres, se irían haciendo hueco en estos órganos de decisión política, por ello deben realizarse campañas de información de las ventajas de este tipo de agrupaciones, ya sean cooperativas o sociedades agrarias de transformación; hay que fomentar el liderazgo femenino. Aun habiéndose contemplado estas medidas en el Programa de Desarrollo Rural Sostenible, estas no han surtido los efectos deseados.

La permanencia de la mujer en el mundo rural dependerá de dos factores clave: los servicios que se presenten y las posibilidades de trabajo que existan. Solo si se consigue que las zonas rurales puedan ofrecer mejores servicios y mayores oportunidades laborales se logrará evitar la despoblación. No se requieren nuevas políticas para mejorar las condiciones de vida de las mujeres en el medio rural y su participación en la vida política, social y económica, sino reformar las que tienen mayor impacto positivo. Se requiere mayor concentración de núcleos rurales tal y como contempla la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, de tal suerte que, con la fusión de municipios, haya mayor prestación de servicios que contribuirían a un desarrollo de infraestructuras y servicios de calidad. El problema es que los municipios no quieren perder su identidad. Por ello, el enfoque de la autora pasa por buscar una fórmula por la que no se pierda esta identidad.

La Ley de desarrollo del medio rural no ha tenido el efecto deseado: los fondos de la UE no se han destinado a evitar la despoblación y la igualdad. Así lo detalla con precisión la autora en un conciso repaso por las iniciativas (tanto públicas como privadas) para favorecer y promover la igualdad –pp. 142 y 143–. Pero están todas faltas de un compromiso serio por parte de los poderes públicos. Se requiere más intervencionismo de la Administración y un cambio en la manera de afrontar el problema, pues si los objetivos no han sido alcanzados con éxito hay que algo se está haciendo mal (mala planificación, gestión o ejecución). La mujer es “el pilar estratégico de esta batalla”, por lo que debe estar presente en la planificación, en la gestión y en la evaluación de todas estas políticas públicas.

En su capítulo IV aborda los mecanismos para conseguir la igualdad. La autora detalla que, para la consecución de estos objetivos, se precisa de un entramado institucional que compagine el desarrollo sostenible del medio rural con la igualdad y no discriminación de la mujer: intervención de agentes sociales, económicos y políticos, públicos y privados. Administración y sector empresarial deben ir de la mano. La reactivación del Ministerio de Igualdad como parte del Gobierno (RD

regap



RECENSIONES

816/2018), las funciones del Instituto de la Mujer (pp. 150); entidades específicas para la Igualdad (Observatorio para la Violencia sobre la Mujer, Delegación para la Violencia de Género; Observatorio de la Igualdad de Oportunidades, Comisión Interministerial de Igualdad entre Mujeres y Hombres, Consejo de Participación de la Mujer, Unidades de Igualdad...), todos ellos dirigidos a la estabilización de la igualdad, sin perjuicio de la existencia de los específicos: Comisión Interministerial para el Medio Rural, Consejo para el Medio Rural, Mesa de Asociaciones de Desarrollo Rural... o la Mesa de las Mujeres concebidas como organizaciones de mujeres rurales de ámbito estatal, espacio de encuentro para la elaboración de planes y estrategias. A nivel autonómico y a nivel local juegan un papel importante los Grupos de Acción Local o Grupos de Desarrollo Rural.

En esta obra la autora llega a las conclusiones de que, para lograr la igualdad de la mujer en el medio rural, luchar contra la despoblación y alcanzar una mejor calidad de vida, todas las medidas a adoptar deben pasar por: reconocimiento del trabajo profesional y doméstico realizado por ellas; mayor participación en las actividades socioeconómicas y productivas, más presencia en la toma de decisiones; refuerzo de la formación profesional; apoyo al carácter emprendedor; mejora de las infraestructuras y servicios sociales, defensa de las políticas sociales que garanticen la conciliación laboral, personal y familiar, erradicación de la violencia doméstica, incorporación de la mujer al desarrollo rural sostenible. Y es que, como acertadamente indica nuestra autora, el “equilibrio de sexos hace una sociedad justa”.

La obra analizada es de muy ágil, fácil y rápida lectura y, a la vez, presenta una exhaustiva concreción de datos estadísticos, poblacionales, legislativos, y con una referencia bibliográfica de gran interés. Indudablemente, no está dirigida a la mujer, sino a toda la población. Deja atrás el vulgar lenguaje inclusivo, que no obedece más que a velos, pero que no atacan la raíz del problema. De ella se desprenden ideas tan sencillas de entender pero quizá difíciles de aplicar que debería ser de lectura obligada para algunos políticos y políticas que hoy por hoy gobiernan este país. La exclusión del hombre no erradica el problema: los programas deben ir pensados, ser elaborados y ejecutados sin distinción de género, pues de nada sirve atacar la desigualdad creando roles diferenciadores.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 533-537
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4741>
© María Victoria Álvarez Buján
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 18/04/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)

61 Regap

Regap



RECENSIONES

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN
Doctora en Derecho
Universidad de Vigo
Abogada (colegiada 2.523 I.C.A Ourense)
Profesora en la UNIR
<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>
victoriaalvarezbujan@gmail.com

BLANQUER CRIADO, D.V.: *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 787 pp. ISBN: 978-84-1378-384-0.

La monografía objeto de comentario es de la autoría individual de D. David Vicente Blanquer Criado, doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares en 1994 y catedrático de Derecho Administrativo desde el año 2009, en la Universitat Jaume I.

Con carácter preliminar hemos de señalar que, si bien el autor presenta, a la vista de su trayectoria profesional, un perfil esencialmente académico, ello no obsta para que la obra, amén de rigurosa desde el punto de vista científico e investigador, resulte práctica y de utilidad para los diferentes operadores jurídicos. En efecto, se trata de

un trabajo de plena actualidad y singularmente novedoso, que gira en torno a uno de los problemas fundamentales derivados de la crisis sanitaria, causada por el virus de la COVID-19, que dio lugar a la adopción de los estados de alarma en nuestro país y que no es otro que la responsabilidad patrimonial que dimana precisamente de esas medidas y restricciones excepcionales adoptadas, las cuales han podido provocar (y de hecho han provocado) daños y perjuicios a la ciudadanía que no tenía el deber jurídico de soportarlos.

El libro se halla perfectamente estructurado en once capítulos que abordan todos los aspectos fundamentales de la responsabilidad patrimonial. Así, se contextualiza este instituto en el marco de la crisis sanitaria existente, teniendo en cuenta, entre otras premisas, que el artículo 116.6 de nuestra carta magna preconiza que “la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

En el capítulo primero el autor parte, para determinar el sentido y alcance de la responsabilidad patrimonial, de la idea (y así centra y titula dicho capítulo) de que la Administración no es la aseguradora universal de todas las desgracias que nos sucedan, para continuar explicando en el capítulo segundo los daños que quedan fuera de la órbita de la responsabilidad patrimonial. En este orden de composición, debe tenerse claro que no todos los pagos, ayudas, compensaciones o indemnizaciones que satisfagan las administraciones por razón de la crisis de la enfermedad COVID-19 se realizan ni han de realizarse siempre a título de responsabilidad patrimonial, como con acertado criterio apunta el propio autor en el resumen de la obra¹.

Dentro de ese mismo capítulo, se realiza una aproximación al estado de alarma sanitaria, aludiendo a la diversidad de daños sufridos a raíz de las medidas gubernamentales impuestas durante la vigencia del estado de alarma, la distinción entre el sacrificio de derechos e intereses legítimos y las indemnizaciones a título de responsabilidad patrimonial.

Igualmente, concentra su atención en la medida relativa a la intervención de empresas en el sector sanitario y lo que el autor denomina la ordenación general de un derecho que no da lugar al pago de una indemnización a título de responsabilidad patrimonial. En este orden de composición, como no podía ser de otra manera, hace referencia, entre otros extremos, a la libertad constitucional de empresa y a la suspensión de actividad durante la vigencia del estado de alarma, la suspensión generalizada de actividades económicas durante la vigencia del estado de alarma y los rebrotes de contagios después del estado de alarma y el cierre de discotecas y otros establecimientos, a la par que plasma reflexiones de interés acerca de las ayudas y situaciones de catástrofe o calamidad, tomando en consideración las ayudas a las empresas y autónomos/as implementadas en nuestro país para paliar los efectos de la crisis económica derivada de la crisis sanitaria.

¹ Pensemos así, a título de ejemplo, en los supuestos de reintegro de gastos por determinados servicios sanitarios privados al Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando en una determinada situación (que podría tildarse de urgente) no se ha facilitado un concreto servicio/tratamiento, que de ordinario viene proporcionándose a través del Sistema Público de Salud, como consecuencia de las medidas adoptadas con el estado de alarma y la crisis sanitaria.

Por su parte, el capítulo tercero versa sobre algunos de los daños que pueden estar dentro de la órbita de la responsabilidad patrimonial, y se centra, singularmente, en el ámbito de la salud pública (sin olvidar aspectos relevantes concernientes al ámbito de los centros sanitarios privados). Así, se examina el personal sanitario y el que presta servicios sociales en una residencia para la tercera edad, los pacientes ingresados en un hospital público y en geriátricos, la actividad de la Administración en relación con estos centros y personas y la pérdida de oportunidad.

Quizás la parte más importante del capítulo sea aquella en la que se analiza el daño causado al imponerse una prestación personal de carácter forzoso u obligatorio y el daño generado por una sanción administrativa después invalidada por ser contraria a derecho y, en especial, el cierre de bares y otros establecimientos abiertos al público que incumplen el aforo máximo permitido. Además, se dedica un apartado específico a examinar una cuestión tan relevante y que tantas dudas y suspicacias, amén de polémica, está suscitando, como es el daño causado por una vacuna que se impone de manera forzosa u obligatoria. El autor contrapone los conceptos de vacuna recomendada pero voluntaria y vacuna ordenada con carácter forzoso, poniendo la cuestión en relación con el *soft law* y el *hard law*, y en sintonía con estas ideas examina, en definitiva, la constitucionalidad de la vacuna obligatoria y la oposición del paciente a la vacuna obligatoria y la necesidad de obtener autorización judicial.

En el capítulo cuarto, siguiendo el hilo de la esfera sanitaria, presta atención al personal sanitario y a los empleados públicos dañados por la COVID-19, tomando en consideración la normativa aplicable vigente especialmente en materia de prevención de riesgos laborales y la conflictividad surgida.

A continuación, en el capítulo quinto realiza un encomiable y clarificador estudio de la figura de la responsabilidad patrimonial en el marco del estado de derecho, partiendo de su origen histórico para llegar a desgranar sus principales funciones y los valores protegidos (justicia, seguridad jurídica), así como los requisitos que deben concurrir para determinar que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. A la luz de estos extremos, examina las particularidades del estado de alarma e incluso dedica un epígrafe a la eventual derivación por parte de la Administración de la responsabilidad a una compañía de seguros.

En el capítulo sexto complementa el contenido del anterior capítulo, centrándose en el análisis del concepto de daño indemnizable, donde trata la efectividad de la lesión, la lesión individualizada, la lesión susceptible de valoración económica y la antijuridicidad de la lesión, para adentrarse acto seguido en el estudio, por un lado, de la antijuridicidad del resultado lesivo y el estado de conocimientos de la ciencia frente al coronavirus y, por otro lado, de la antijuridicidad del resultado y la invalidación de las medidas formales adoptadas durante la pandemia.

El capítulo séptimo es el dedicado al nexo causal o relación de causalidad, *conditio sine qua non* para poder determinar que existe responsabilidad patrimonial. Se examinan aquí las principales teorías sobre la relación de causalidad de forma muy ilustrativa, para proceder después a trasladar el significado y alcance de la relación de causalidad a la Administración sanitaria y la pandemia por la COVID-19.

regap



RECENSIONES

El capítulo octavo se dedica a otro de los elementos ineludibles que integran la responsabilidad patrimonial, como es la imputación subjetiva del daño o resultado lesivo (en este caso a una persona jurídica), refiriéndose en el último epígrafe a la responsabilidad de las autoridades y funcionarios y a la acción de regreso (en qué consiste y cómo puede ejercitarse).

Correlativamente, el capítulo noveno se centra en el examen de la imputación objetiva del daño, partiendo de la premisa de la mala gestión de los riesgos para la salud. Desarrolla el autor el fundamento objetivo de la atribución a una persona jurídica del resultado dañoso, la creación o la gestión de riesgos como títulos de imputación objetiva, el principio de prevención (tomando en cuenta la precavida creación de reservas estratégicas de productos sanitarios), el principio de precaución y la gestión de los riesgos sanitarios.

El penúltimo capítulo, décimo, desmenuza de forma práctica y meridiana el procedimiento administrativo en materia de responsabilidad patrimonial, su regulación, las fases de las que se compone y su contenido, el plazo (las reglas para su cómputo, suspensión, prescripción e interrupción de la prescripción), la legitimación y el fondo. Asimismo, hace referencia a determinados daños específicos, esto es, el daño prolongado, pero inicialmente oculto, los daños materiales continuados, los daños causados por un acto administrativo inválido, las lesiones físicas continuadas y los daños físicos o psíquicos de carácter permanente.

Finalmente, el último capítulo, undécimo, se refiere a la indemnización o resarcimientos, a sus clases, a los conceptos indemnizables y al cálculo de su valor, a la deuda de valor y a la actualización de valores, así como a los intereses de demora.

En resumidas cuentas, tras haber reseñado sucintamente el contenido de la monografía, podemos comprobar cómo el autor aglutina el estudio de todos los elementos que integran la responsabilidad patrimonial, proyectándolos al marco de la situación excepcional relativa a los estados de alarma, a la crisis sanitaria y a su regulación y peculiaridades. Como colofón de esta recensión, no podemos sino aconsejar la lectura de esta obra tan completa, que nos proporciona claves de suma importancia para poder enfrentar muchos de los problemas jurídicos (e incluso procesales) que se han suscitado ya y que continuarán haciéndolo en los próximos tiempos en relación con distintos ámbitos administrativos, verbigracia el sanitario.

La obra, que goza de una técnica jurídica excelsa y que es reflejo de un manejo rico de fuentes (doctrina y jurisprudencia), resulta práctica y de amena lectura, presentándose no solo apta, sino de suma utilidad para todos los operadores jurídicos, al facilitar pautas y despejar dudas en lo que concierne a un tema de máximo interés, acuciante para la sociedad (no solo española, sino a escala global) de nuestros días y que, lamentablemente, tendrá mucha aplicación en el presente y en el futuro próximo, puesto que los estragos originados en la sociedad a raíz de la COVID-19, el estado de alarma y las restricciones adoptadas por mor de la pandemia no han hecho nada más que comenzar.

Ni el Gobierno ni los diferentes organismos públicos/administraciones se encontraban ni se encuentran preparados para gestionar una situación imprevista

y extraordinaria como fue la de la crisis sanitaria. Además, la normativa existente y la que se ha ido aprobando sobre la marcha revisten notables defectos, lagunas y deficiencias. Todo ello conlleva que en la praxis se hayan generado y continúen generándose supuestos de responsabilidad patrimonial, siendo primordial que sepamos no solo detectarlos, sino saber cómo y qué podemos/debemos reclamar, y a tales fines responde precisamente la obra de este autor.

Regap



RECENSIONES

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 21-22

galega



XUNTA
DE GALICIA